

Die unrichtig gewordene Firma

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

WALTER DIENER

von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Oppikofer

1949

Juris-Verlag, Zürich

Die unrichtig gewordene Firma

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

WALTER DIENER

von Zürich

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Oppikofer

1949

Juris-Verlag, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Juli 1949.

Der Dekan:
Prof. Dr. K. Käfer.



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Abkürzungen	5
Literatur	7
Dank	12
1. Kapitel: Grundlegung	
§ 1. Der Begriff der Firma	13
I. Der schweizerische Firmenbegriff	13
II. Die Firmenbegriffe in ausländischen Rechtsordnungen	15
III. Die Festlegung weiterer Begriffe	17
§ 2. Der Tatbestand	19
I. Das Unrichtigwerden einer Firma zufolge Umwandlungen im Unternehmen	19
II. Das Unrichtigwerden einer Firma aus ausserhalb des Unternehmens liegenden Gründen	21
§ 3. Die Rechtsquellen	21
I. Die in Frage kommenden Rechtsquellen	21
II. Die Gesetzeskonkurrenz	22
2. Kapitel: Problemstellung	
§ 4. Die Interessenlage	26
I. Die Besonderheit dieser Interessenlage	26
II. Die Lösung des Interessenkonfliktes	27
§ 5. Die Interessen des Firmenträgers i. b.	28
I. Die Interessen des Firmenträgers an der unveränderten Beibehaltung der Firma	28
II. Die Schutzwürdigkeit dieser Interessen	30
III. Die Minimalforderung des Unternehmers	32
§ 6. Die Interessen der Allgemeinheit i. b.	33
I. Die Interessen von Tauschpartnern, Staat und Dritten und deren Minimalforderungen	33
II. Die Schutzwürdigkeit dieser Interessen	37
III. Das Bild des Interessenkonfliktes nach der Analyse der einzelnen Interessen	38
3. Kapitel: Prinzipielle Lösung	
§ 7. Das System der Firmenwahrheit	39
I. Das Vorkommen des Wahrheitssystems	39
II. Das Wesen des Wahrheitssystems	39
III. Firmenwahrheit und Täuschungskriterium	41
IV. Firmenwahrheit und unrichtig gewordene Firma	44
V. Zusammenhänge	44
§ 8. Das System der Firmenfreiheit	46
I. Das Vorkommen des Freiheitssystems	46

	Seite
II. Das Wesen des Freiheitssystems	47
III. Firmenfreiheit und Täuschungskriterium	48
IV. Zusammenhänge	50
§ 9. Das gemischte System	51
I. Das Wesen des gemischten Systems	51
II. Das Vorkommen des gemischten Systems	52
III. Zusammenhänge	54
 4. Kapitel: Praktische Lösung	
1. Abt.: Die Erhaltung des Goodwill	
§ 10. Die Erhaltung des Goodwill in der Firma selbst	56
I. Der Einfluss des gewählten Systems	56
II. Die Erhaltung von Goodwill ohne Verstoss gegen die firmen- rechtlichen Regeln	57
III. Die vier gesetzlichen Ausnahmen von den firmenrechtlichen Regeln	65
§ 11. Die Erhaltung des Goodwill durch andere gewerbliche Kennzeichen	75
I. Das Problem	75
II. Die Enseigne und die unrichtig gewordene Firma	75
III. Die Marke und die unrichtig gewordene Firma	80
 2. Abt.: Der Schutz des Verkehrs	
§ 12. Der Verkehrsschutz durch Anpassen der Firma	83
I. Der Einfluss des gewählten Systems	83
II. Die in bezug auf das Unternehmen täuschend gewordene Firma	85
III. Die in bezug auf andere Firmen täuschend gewordene Firma .	94
§ 13. Die Aufklärung der Allgemeinheit durch andere Mittel	99
I. Die öffentlichen Informationsmittel	99
II. Die unternehmensinternen Informationsmittel	102
§ 14. Die Erzwingung des Verkehrsschutzes	104
I. Die Art der Durchsetzung	104
II. Die einzelnen Zwangsmittel	107
 5. Kapitel: Kritische Prüfung der schweizerischen Lösung	
§ 15. Die kritische Prüfung des gewählten Systems	115
I. Stellung und Mängel des schweizerischen Systems	115
II. Einführung des gemischten Systems?	118
III. Einführung der Firmenfreiheit?	119
§ 16. Die Ueberprüfung der praktischen Durchführung des gewählten Systems	121
I. Aufgaben der Verbesserung	121
II. Vermeidung von Täuschungen	122
III. Milderung der Goodwilleinbusse	126
IV. Zusammenfassung der Vorschläge de lege ferenda	129

ABKÜRZUNGEN

A. C.	The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, Appeal Cases
a. E.	am Ende
AG	Die schweizerische Aktiengesellschaft, Zs zur Besprechung von Rechtsfragen etc.
AktG	Deutsches Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937
All E. R.	The All England Law Reports
altOR	BG über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
Annales	Annales de droit commercial français, étranger et international
AS	Amtliche eidgenössische Gesetzessammlung
B I	Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts (Huber)
B II	Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen OR (Hoffmann)
BB1	Bundesblatt der schweizerischen Eidgenossenschaft
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
Botschaft	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung
C. civ.	Code civil français vom 21. März 1804
C. com.	Code de commerce von 1807/1863
Ch.	The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, Chancery Division
co. com.	Codice di commercio von 1865
Cr. App. R.	Criminal Appeal Reports
d. A.	dieser Arbeit
DE	Entscheid des JPD
D. P.	Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine
E	Entwurf
E I	Entwurf eines BG betr. Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (Dezember 1919)
E II	Zweiter Entwurf eines BG betr. Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts (Dezember 1923)
EG	Einführungsgesetz
E. R.	The English Reports
ExpKom	Protokoll der Expertenkommission, Revision der Titel 24 bis 33, schweizerisches Obligationenrecht, herausgegeben vom JPD 1928
FGG	Deutsches Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898
franzG	französisches Gesetz
GenG	Deutsches Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften von 1889/1934
GewO	Deutsche Gewerbeordnung von 1869/1900
GmbH	Gesellschaft(en) mit beschränkter Haftung
GmbHG	Deutsches Gesetz betr. die GmbH von 1892/1898
HGB	Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
HRE	Schweizerische Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen
HRV	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937

HStG	BG betr. Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht vom 6. Oktober 1923
JK	Schweizerische juristische Kartothek
JPD	Justiz- und Polizeidepartement
JT	Journal des tribunaux et revue judiciaire
italG	Italienisches Gesetz
K. B.	The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, King's Bench Division
L. J.	Law Journal
L. T.	The Law Times
L. T. R.	The Law Times Reports
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen
MSchG	BG betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken etc. von 1890/1928/1939
MuW	Markenschutz und Wettbewerb, Monatsschrift
nuovo co. civ.	Nuovo codice civile von 1942
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	BG über das Obligationenrecht von 1911/1936
Pandectes	Pandectes françaises périodiques; recueil mensuel de jurisprudence et de législation
P. C.	The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, Privy Council Appeals
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
Q. B.	The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting, Queen's Bench Division
Recht	Das Recht, juristisches Zentralblatt für Praktiker
rev. Erg. Vo II	Revidierte Verordnung II betr. Ergänzung der Verordnung vom 6. Mai 1890 über das Handelsregister und das Handelsamtsblatt (16. Dezember 1918)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv.	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni
ROHG	Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichts
ROLG	Entscheidungen des Reichsoberlandesgerichts
R. P. C.	Reports of Patent, Design, Trade Mark and other Cases
S.	Sirey, Recueil général des lois et des arrêts
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
Semjud	La semaine judiciaire (jurisprudence suisse et étrangère)
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SJV	Schweizerischer Juristenverein
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
StenBull	Ämtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
StPO	Strafprozessordnung
T. L. R.	The Times Law Reports
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
VVo	Vollziehungsverordnung
ZAIPR	Zs für ausländisches und internationales Privatrecht
ZBGR	Schweizerische Zs für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zs des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZHR	Zs für das gesamte Handelsrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
Zs	Zeitschrift
ZSGV	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZSR	Zs für schweizerisches Recht

L I T E R A T U R

- Amberg, H. Das Wesen und der Schutz der Enseigne, Diss. Bern 1939
 Baitry, A. Du nom commercial et de sa protection, Diss. Paris 1909
 Baumbach, A. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 5. A. München und Berlin 1943
 Becker, H. Obligationenrecht, allg. Bestimmungen, Art. 1—183, (Bd. VI des Kommentars Gmür), 2. A. Bern 1941
 Bluntschli Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen, Zürich 1855
 Büchner, R. Unternehmungsformen, im Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft II 450, Bern 1939
 Buckley, H. B. (Lord Wrenbury), The Law and Practice under the Companies Acts, 12. A. London 1949
 Burckhardt, W. Y a-t-il lieu de réviser les dispositions sur les raisons de commerce? (SJV Zermatt 1897), in ZSR 16, 479 ff.
 Burckhardt, W. Schweiz. Bundesrecht, als Forts. des Werkes von L. R. von Salis, 3. Bd. Frauenfeld 1930
 Burckhardt, W. Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. A. Zürich 1944
 von Büren, B. Ueber die Beschränkungen des Rechtes, den eigenen Namen zu gebrauchen, in SJZ 44 (1948) 65 ff.
 von Burg, M. Die relative Schutzfähigkeit der Marke und der andern gewerblichen Kennzeichen, Diss. Zürich 1938
 Byrne, W. J. A Dictionary of English Law, London 1923
 Chance, E. W. (rev. by P.W. French), Principles of Mercantile Law, Bd. I, 9. A. London 1943, Bd. II, 7. A. London 1946
 Charlesworth, J. The Principles of Mercantile Law, 6. A. London 1945
 Cohn, G. Zur Revision des Handelsgesetzbuches, in Archiv für bürgerliches Recht 12, 185 ff.
 Colin, P. Codes et lois pour la France, 2 Bde., 20. A. Paris 1924/25
 Conrades Firmenrecht und Etablissementsnamen, in Recht 6 (1902) 9 ff.
 Couchepin, R. Die Praxis des Bundesgerichtes in Handelsregistersachen, Sammlung von Entscheiden (1929—1945), Zürich 1946
 David, H. Kommentar zum schweiz. Markenschutzgesetz, Basel 1940
 Daynes, J. N. Partnership, in Halsbury's Laws of England, Bd. 24, S. 393 ff., 2. A. London 1937
 De Gregorio, A. Lezioni di diritto commerciale, Roma 1948
 Düringer/Hachenburg Das Handelsgesetzbuch, 3. Abschnitt bearbeitet von Victor Hoeniger, 3. A. Mannheim/Berlin/Leipzig 1930/33
 Eberle, L. Der unbefugte Gebrauch einer Firma nach dem schweiz. Obligationenrecht, Diss. Bern 1921
 Egger, A. Kommentar zum Personenrecht, 2. A. Zürich 1930
 Egger, A. Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. A. Zürich 1936
 Ehrenberg, V. Ueber das Wesen der Firma, in ZHR 28 (1882) 25 ff.
 Eichholzer, E. Zur Geschichte von Handelsregister und Firmenrecht im Kt. Zürich, in SJZ 13 (1917) 310 ff.
 Enneccerus, L. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (13. Bearbeitung von H. C. Nipperdey), Marburg 1931
 Erlanger, H. Ueber Ursprung und Wesen der Firma, Diss. Tübingen 1892
 Fehr, H. Unternehmen, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, VI 247 ff., Berlin und Leipzig 1929

- Fehr, H. Das dynamische Element im künftigen schweiz. Handelsrecht, in Festgabe für Carl Wieland, 66 ff., Basel 1934
- Fehr, H. Der Schutz des Unternehmens durch das Gesetz, in ZBJV 71 (1935) 440 ff.
- Ferrara, F. La teoria giuridica dell'azienda, Firenze 1945
- Fouillet, C. De la raison sociale des sociétés de commerce, Diss. Dijon 1907
- Frey, E. Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers nach schweiz. Recht, Diss. Basel 1941
- Frick, W. Die Chancen des kaufmännischen Unternehmens, Diss. Greifswald 1928
- Fricke, T. Das Wesen des Firmenrechts, Diss. Göttingen 1926
- Friese, V. Handelsregister, im rechtsvergleichenden Handwörterbuch, Bd. IV S. 195 ff., Berlin 1933
- Gaetano, G. P. Ditta commerciale, in Nuovo digesto italiano, Bd. V S. 72 ff. Torino 1938
- Germann, O. A. Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung (Gutachten), Basel 1927
- Germann, O. A. Zum Entwurf eines schweiz. Bundesgesetzes über den unzulässigen Wettbewerb, in Festschrift C. Wieland, 79 ff., Basel 1934
- Germann, O. A. Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht, in ZBJV 72 (1936) 49 ff.
- Germann, O. A. Unlauterer Wettbewerb, Zürich 1945
- von Gierke, J. Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 1. Teil, 5. A. Berlin 1938
- Gierke, O. Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches, in ZHR 45 (1896) 441 ff.
- Gmür, M. Familienrecht, 1. Abteilung (Das Eherecht), Bd. II₁ des Kommentars Gmür, 2. A. Bern 1923
- Graziani, A. Trasferibilità delle ditte e registro delle imprese, in Riv. 43 (1945) I 178 ff.
- Grossmann, H. Neue Forschungsergebnisse zur theoretischen und praktischen Handhabung des Goodwill, in Zs f. Betriebswirtschaft, 10. Jg. (1933) S. 447 ff.
- Grünbaum, J. Ueber die Firma, Diss. Bern 1933
- Guhl, T. Das schweiz. Obligationenrecht, 3. A. Zürich 1944
- Guldener, M. Das schweiz. Zivilprozessrecht, 1. Bd., Zürich 1947
- Haab, sen., R. Beitrag zur Geschichte und Dogmatik der Handelsfirma, Diss. Jena 1888
- Haab, jun., R. Einleitung und allg. Ueberblick über die Revision, in Sieben Vorträge über das neue Obligationenrecht, S. 7 ff., Basel 1937
- Haftner, E. Kommentar zum Personenrecht (Kommentar Gmür, Bd. I), 2. A. Bern 1919
- Hartenstein, H. Artikel «Firma» im rechtsvergleichenden Handwörterbuch 416 ff., Berlin 1929
- Hartmann, Jost Firmenrecht und Handelsregister im schweiz. Rechte, Diss. Bern 1940
- Hartmann, Jul. Handelsregister und Geschäftsfirmen, in Sieben Vorträge über das neue Obligationenrecht, S. 193 ff., Basel 1937
- Hartmann, W. Die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (Bd. VII des Kommentars Gmür), Bern 1943
- Herold, H. Legaldefinitionen und Firmenrecht, in AG 9 (1937) 154 und 173 ff.
- Heusler, A. Der Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts, in ZSR 13 (1866) 131 ff.

- His, E. Handelsregister, Geschäftsfirma und kaufmännische Buchführung (Bd. VII des Kommentar Gmür), Bern 1940
- Hoffmann, J. H. Die Uebertragung der Firma nach neuem OR, Diss. Bern 1941
- Hug, W. Unlauterer Wettbewerb, in Festgabe für August Schirmer, S. 119 ff., St. Gallen 1941
- Hunzinger, M. Der Schutz der Firma, Diss. Basel 1942
- Jaeger, C. Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A. Zürich 1911
- Jaquero/von Steiger Iklé, R. Eintragungsmuster für das Handelsregister, Zürich 1943
- Keel, F. J. Entwicklungstendenzen des gewerbl. Rechtsschutzes, in Festgabe zum schweiz. Juristentag 1944, 103, St. Gallen 1944
- Klotz, A. Juristische Terminologie nach schweiz. Lehre und Praxis, Zürich 1939
- Krebs, S. Du nom commercial en droit français, Diss. Paris 1898
- de Lanzac de Laborie Administrative Massnahmen gegenüber einer Aktiengesellschaft, die nicht denjenigen Zweck verfolgt, den sie in den Statuten und in der Firma bezeichnet, AG 3 (1931) 137 ff.
- Lemp, W. Nouveau Code de Commerce (Dalloz, Codes annotés), Paris 1936
- Levi, L. Die Richtlinien der schweiz. Handelsregisterpraxis, Aarberg 1940
- Lindley, W. B. International Commercial Law, 2 Bde. 2. A. London 1863
- Locher, F. A Treatise on the Law of Partnership, 10. A. London 1935
- Löwenthal, W. Das Prinzip der Firmenwahrheit im schweiz. OR, Diss. Leipzig/Winterthur 1908
- Ludwig, C. Titel und Würden als Firmenzusätze, in ZHR 83, 419 ff.
- Lyon-Caen/Renault Das Handelsstrafrecht (Referat), in ZSR 44 (1925) 1a ff.
- Macnaghten, M. M. Traité de droit commercial, 8 Bde., 5. A. Paris 1921/36 (und drei weitere Verfasser), Companies, in Halsbury's Laws of England, Bd. 5, S. 1 ff., 2. A. London 1932
- Marx, A. Firmenrechtliche Grundbegriffe, Diss. Tübingen 1912
- Matter, E. Die Uebertragung der Handels- und Fabrikmarke nach schweiz. Recht, in ZSR 53 (1934) 72 ff.
- Matter, E. Kommentar zum Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken etc., Zürich 1939
- Maunoury, M. Du nom commercial, Diss., Paris 1894
- Michel, J. Die Entwicklung des zivilrechtlichen Begriffes: unlauterer Wettbewerb, Diss. Bern 1946
- Mossa, L. Ditta ed impresa nel processo, in Riv. 40 (1942) II 219 ff.
- Moulton/Bowyer Trade Marks, Trade Names and Designs, in Halsbury's Laws of England, Bd. 32, S. 537 ff., 2. A. London 1939
- Müller-Erbach, R. Die Erhaltung des Unternehmens, in ZHR 61 (1908) 357 ff.
- Müller-Erbach, R. Deutsches Handelsrecht, 2. A. Tübingen 1927
- Munzinger, W. Motive zu dem Entwurfe eines schweiz. Handelsrechtes, Bern 1865
- Narr, W. Das Problem des Firmenwertes, Diss. Tübingen 1937
- Nast, M. La conception française de la concurrence déloyale ou illicite, in Festgabe für C. Wieland 273, Basel 1934
- Opet, O. Beiträge zum Firmenrecht, in ZHR 49 (1900) 51 f.
- Oppikofer, H. Das Unternehmensrecht, Tübingen 1927
- Oppikofer, H. Das kaufmännische Unternehmen, in Ehrenberg's Handbuch Handwörterbuch (Schlegelberger), Bd. 7, S. 24 ff. Berlin 1939
- Oser, H./Schönenberger Das Obligationenrecht, Art. 1—183 (Kommentar Egger Bd.V) 2. A. Zürich 1929

- Oswald, H. Publizitätsprobleme bei den Handelsgesellschaften, Diss. Basel 1941
- Oudinot, M. De la transmission de la firme en droit allemand comparée à la cession du nom commercial en droit français, in *Annales* 26 (1912) 259 ff.
- Palmer Company Law, 19. A. von A. F. Topham, London 1949
- Pfister, R. Untersuchungen über das Verhältnis der Grundsätze über den unlauteren Wettbewerb zu den Bestimmungen der gewerblichen Spezialgesetze, Diss. Bern 1936
- Pic, P. (Collection E. Thaller), *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des sociétés commerciales*, 2. A. Paris 1925
- Pisko, O. Das kaufmännische Unternehmen, in *Ehrenberg's Handbuch* II 195, Leipzig 1914
- Pollock The Law of Partnership, 14. A. von J. W. Cecil Turner, London 1947
- Pouillet, E. *Traité des marques de fabrique*, 6. A. Paris 1912
- Ripert, G. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris 1946
- Ripert, G. *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris 1948
- Robertson/Mackinnon Building Societies, in *Halsbury's Laws of England*, Bd. 3, S. 363 ff., 2. A. London 1931
- Robertson/Harker Friendly Societies, in *Halsbury's Laws of England*, Bd. 15, S. 291 ff., 2. A. London 1934
- Robertson/Harker Industrial and Provident Societies, in *Halsbury's*, Bd. 17, S. 429 ff., 2. A. London 1935
- Roskill, A. W. Business Names, in *Encyclopaedia of the Laws of England*, Bd. 2, S. 551 ff., 3. A. London 1938
- Russenberger, A. Goodwill, Diss. Zürich 1946
- von Salis, L. R. Schweizerisches Bundesrecht, 4. Bd. 2. A. Bern 1903
- Schapira, M. Das Unternehmen und seine Kennzeichen, Diss. Zürich 1935
- Schlupp, F. Rechtsvergleichende Studien zum Firmenrecht, Diss. Jena 1914
- Schneider, E. Bewilligungspflichtige Firmen, insb. der Schutz gewisser Bezeichnungen in der Firma, Diss. Basel 1945
- Schnitzer, A. F. *Handbuch des internationalen Handels-, Wechsel- und Checkrechts*, Zürich 1938
- Schoenberg, G. Die Wechselbeziehungen einzelner Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes nach schweiz. Recht, *Festgabe Wieland* 334, Basel 1934
- Siegmund, L. *Handbuch für die schweiz. Handelsregisterführer*, Basel 1892
- Siegmund, L. Die Entwicklung des schweiz. Firmenrechtes seit der Einführung des OR (1883), in *ZSR* 14 (1895) 337
- Siegmund, L. Ist das schweiz. Firmenrecht einer Reform bedürftig? (Korreferat SJV 1897 Zermatt), in *ZSR* 16 (1897) 563 ff.
- Siegmund, L. Handelsregister, Geschäftsbücher, Geschäftsbücher, im Kommentar von Schneider/Fick, Zürich 1915
- Siegwart, A. Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, *Freiburg* 1936
- Simpson, K. Goodwill, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Bd. 6 S. 698 ff., New York 1937
- Smith, J. W. A Compendium of Mercantile Law, 13. A. von H. C. Guttridge, London 1931
- Sombart, W. Die Ordnung des Wirtschaftslebens, 2. A. Berlin 1927
- Späing, M. Handelsregister und Firmenrecht nach deutschem und ausserdeutschem Rechte, Berlin 1884
- Späing, M. Französisches und englisches Handelsrecht, Berlin 1888

- Stampa, U. Sammlung von Entscheiden in Handelsregistersachen (1904 bis 1923), Bern 1923
- Staub, H. Kommentar zum Handelsgesetzbuch, §§ 1—104 bearbeitet von Felix Bondi, 12. und 13. A. Berlin und Leipzig 1926 ff.
- von Steiger, F. Nachträgliche Pflicht eine Firma zu ändern, wenn sie gegen die Firmenwahrheit verstösst, in AG 8 (1935) 2 ff.
- von Steiger, F. Firmenwahrheit?, in SJZ 33 (1936) 129 ff.
- von Steiger, F. Schweizerisches Firmenrecht, Zürich 1938
- von Steiger, F. Wandlungen im schweizerischen Firmenrecht, in ZBJV 74 (1938) 313 ff.
- von Steiger, F. Welche Anforderungen sind an die Firmaunterschrift zu stellen?, in AG 12 (1940) 138 ff.
- von Steiger, F. Die Bezeichnung «Limited» oder «Ltd.» im schweizerischen Handelsregister, in AG 15 (1943) 230 ff.
- von Steiger, F. Firmenmissbrauch (Zum Begriff der Bezeichnung «Zentrale»), in AG 18 (1946) 212 ff.
- von Steiger, F. Zwei Entscheide betr. die Frage der Verwendung des Ausdrucks «Fabrik», in AG 19 (1946) 48 ff.
- Steiner, E. Vom Begriff der Firmenwahrheit, in AG 9 (1937) 158 ff.
- Thaller, E. Erläuterungen zu Paris 18. Februar 1904 (Pelletier), D. P. 1907. 2. 201 ff.
- Thaller, E. Traité élémentaire de droit commercial, 7. A. von J. Perce-rou, Paris 1925
- Topham, A. F. Principles of Company Law, 11. A. London 1948
- Treadwell, G. P. Die Geschäftsübernahme (Art. 181, 182 OR), Diss. Zürich 1913
- Troller, A. Der schweiz. gewerbliche Rechtsschutz, Basel 1948
- Tuor, P. Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 4. A. Zürich 1940
- Usteri/Reimann Kartotheek zum schweiz. Obligationenrecht, Zürich 1939 ff.
- Vaisey/Meyer Estoppel, in Halsbury's Laws of England, Bd. 13, S. 397 ff. 2. A. London 1934
- Valeri, G. Manuale di diritto commerciale, 2 Bde., Firenze 1948
- Vidari, E. Corso di diritto commerciale, Bd. 1, Milano 1893
- Vinassa, W. Die Kundschaft, Diss. Bern 1925
- Vivante, C. Trattato di diritto commerciale, 3 Bde., 5. A. Milano 1922/24
- Walther, A. Einführung in die Wirtschaftslehre der Unternehmung, Zürich 1947
- Weisbrod, H. Die Strafbestimmungen im schweiz. Handelsregister- und Firmenrecht, Diss. Zürich 1931
- Weiss, T. Die Concurrence déloyale, Basel 1894
- Westby-Nunn, E. Company, in Encyclopaedia of the Laws of England, Bd. III S. 330 ff., London 1938
- Wieland, K. Handelsrecht, 2 Bde., München und Leipzig 1921 und 1931
- Wieland, A. Unerfreuliches und Unpraktisches aus dem schweiz. Warenzeichenrechte, in SJZ 23 (1926/7) 211 ff.
- Wieser, W. Das Prinzip der Firmenwahrheit, Diss. Basel 1942
- Wollaston/Mackinnon Name and Arms, Change of, in Halsbury's Laws of England, Bd. 23, S. 555 ff., 2. A. London 1936
- Zani, G. La soggettivazione della ditta nel processo, Riv. 40 (1942) II 208 ff.
- Zürcher, P. Schranken des Rechtes an der eigenen Firma, Diss. Zürich 1940

DANK

Es ist mir ein Bedürfnis, Herrn Professor Dr. H. Oppikofer für seine Hilfe bei der Wahl des Themas und für die wohlwollende Ueberwachung der Ausführung der Arbeit wärmstens zu danken.

Ferner bin ich Herrn Fürsprech F. von Steiger, Vorsteher des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister, und Herrn Dr. Gahler, Handelsregisterführer des Kantons Zürich, zu Dank verpflichtet; beide Herren haben mir bereitwillig erschöpfende Auskunft erteilt und Material aus der Praxis zur Verfügung gestellt.

Mein Dank gebührt auch den hilfreichen Beamten der Zentralbibliothek Zürich, des Zürcher Staatsarchivs, des Institute of Advanced Legal Studies (University of London) und der Gray's Inn Library in London.

1. KAPITEL: GRUNDLEGUNG

§ 1. Der Begriff der Firma

I. Der schweizerische Firmenbegriff

Welcher Begriff der Firma liegt dem schweizerischen Recht zu Grunde?

Das OR enthält keine Legaldefinition¹. Die schweizerische Lehre hat deshalb oft auf diejenige in § 17 des deutschen HGB gegriffen². Sie lautet: «Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt.» Die Anlehnung an die deutsche Legaldefinition scheint aus zwei Gesichtspunkten richtig zu sein: a) Die Funktionen der Firma stimmen im deutschen und im schweizerischen Recht überein³. b) Bei der Schaffung des heute noch in seinen Grundzügen unveränderten schweizerischen Firmenrechts lehnte man sich eng an das deutsche AHGB an, welches in seinem Art. 15 jene Definition eingeführt hatte⁴.

Die Wissenschaftler streiten sich immer wieder darüber, ob die Firma der Name des Kaufmanns oder derjenige seines Geschäftes sei. Aus der deutschen Begriffsbestimmung wurde oft geschlossen, dass die Firma reiner Unternehmensname sei⁵. Für diese Ansicht spricht auch die Entwicklungsgeschichte, indem die Firma aus dem Bedürfnis der Mitglieder einer Personengesellschaft entstanden ist, beim Abschluss von Rechtsgeschäften im Namen der Gesellschafter einen Gesellschaftsnamen zur Verfügung zu haben, um nicht stets die Namen aller Vertretenen an-

¹ B II 130.

² Siegmund Anm. 5 zu altOR 865, Burckhardt in ZSR 16, 479, Vinassa 95, von Steiger 7.

³ Z. II dieses §.

⁴ Bundesrat in BBl 1880 I 228, His Vorbemerkungen zu OR 944 ff., insb. S. 228, BGE 23 II 1756.

⁵ Beguin in StenBull 1932 StR 60, von Steiger 7, Ludwig in ZSR 44, 19a, Siegwart 16; Staub Anm. 5 zu HGB 17, Düringer Anm. 4 zu HGB 17, Erlanger 18, Haab 37, Marx 1, Schlupp 12, von Gierke I 126; Vivante I n. 140, Gaetano n. 1 und 3, Zani in Riv. 40 II 209, Mossa in Riv. 40 II 222, Vidari I n. 342.

⁶ Haab 10 ff. und 14 ff., Erlanger 4 ff. und 21; Lyon-Caen II n. 451, Fouillet 20; His S. 222, Wieland I 178; Späing Handelsregister 57.

führen zu müssen⁶. Diese Auffassung ist aber zu eng. Jede Firma, selbst wenn sie nur aus dem Familiennamen des Unternehmers besteht, kann im Handelsverkehr zur Individualisierung des Geschäftes gebraucht werden und wird dadurch zum Unternehmenskennzeichen⁷. Diese Verwendung der Firma war ja einer der Gründe für die Schaffung eines besonderen Firmenrechts; das Namensrecht allein reichte nicht für den Schutz des kaufmännischen Namens im Geschäftsverkehr.

Andere Autoren weisen darauf hin, dass die Firma in Wirklichkeit nur das Unternehmen bezeichne, ohne auf den Unternehmer hinzuweisen⁸. Da aber nach schweizerischem Recht jede Firma stets eine genügende Bezeichnung für den Unternehmer bei der Unterschrift und im Prozess darstellt⁹, muss immer damit gerechnet werden, dass sie als Unternehmernamen verwendet wird. Aus diesem Grunde ist auch die zweite Ansicht zu eng.

Die Firma ist sowohl Unternehmernamen als Unternehmenskennzeichen¹⁰. Darin unterscheidet sie sich einerseits vom zivilen Personennamen, der für die Individualisierung des Unternehmens in der Regel nicht genügt¹¹. Andererseits ist sie damit gegenüber den anderen Unternehmenskennzeichen wie Marke, Enseigne, Telegrammadresse und Schlagwort abgegrenzt, die alle mittelbar oder unmittelbar das Unternehmen individualisieren, aber nie als genügende Bezeichnung für den Unternehmer dienen können¹².

Der Begriff der Firma, der m. E. dem schweizerischen Recht zugrunde liegt, kann wie folgt definiert werden: Die Firma ist dasjenige Wort-(gefüge), das auf den Unternehmer hinweist und dadurch das Unternehmen kennzeichnet.

In der Kaufmannssprache ist es allgemein üblich, mit dem Worte «Firma» nicht den Namen des Unternehmers bzw. des Unternehmens, sondern den Unternehmer selbst zu bezeichnen¹³. Der Jurist sollte jedoch im Interesse einer klaren Terminologie diesen Gebrauch des Wortes

⁷ Vgl. Z. 2 dieses § und Wieland I 174, Schapira 96, Amberg 9.

⁸ Locher 102, Grünbaum 26 f., Fehr in Festgabe 77, Schapira 96 ff., His N. 6 zu OR 944, Hoffmann 10, Hunzinger 1, von Steiger JK Karte 54 Sektion IX S. 1 (teilweise im Gegensatz zu seiner früheren Ansicht).

⁹ Vgl. Z. 2 dieses §.

¹⁰ Wieland I 175, Oppikofer 107, Guhl 583 in Vb. mit 586, Amberg 9, De Gregorio 84 f.

¹¹ His N. 11 zu OR 946.

¹² Hunzinger 6.

¹³ Sombart 45. — Entsprechend in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur, Beispiele die Dissertationen von Russenberger und Narr.

vermeiden¹⁴. Die einzige in der schweizerischen Gesetzgebung versuchte Definition des Firmenbegriffs, diejenige des Art. 10 Abs. 2 HRV, vermischt unglücklicherweise die beiden Bedeutungen des Wortes «Firma»¹⁵.

II. Die Firmenbegriffe in ausländischen Rechtsordnungen

Im Vergleich mit den entsprechenden Begriffen in den ausländischen Rechtsordnungen erscheint die schweizerische Firma als ein umfassender Begriff:

- a) Jede Art von Unternehmer kann eine Firma haben, der Einzelkaufmann, die Personengesellschaft, die Kapitalgesellschaft, die GmbH.^{16/17}.
- b) Die schweizerische Firma taugt für jede Art des Hinweises auf den Unternehmer, bei der Unterschrift¹⁸, vor Gericht¹⁹, auf Waren²⁰, im Betrieb, auf Geschäftspapieren, im Geschäftslokal²¹.
- c) Die schweizerische Firma umfasst nicht nur den Kern, sondern auch die Zusätze²².

Einen ebenso umfassenden Begriff kennt nur noch das deutsche Recht. Die deutsche «Firma» entspricht der schweizerischen²³, auch wenn die Legaldefinition des HGB nicht wörtlich übernommen werden kann.

Das Wort «Firma» findet sich trotz seines offensichtlich lateinischen

¹⁴ Beispiele aus der juristischen Literatur, welche Firma mit Unternehmen gleichsetzen: Vinassa 117, Fehr in Festgabe 70, Iklé 111, Hartmann 206, Guhl (4. A. 1948) 164, ferner BGE 72 I 358.

¹⁵ His N. 3 zu OR 944.

¹⁶ OR 945, 947, 949, 950 u. a. m., His N. 31 zu OR 944.

¹⁷ Der Name eines Vereins und einer Stiftung ist nicht Firma im Sinne des schweizerischen Rechts, HRV 47, 97 und 101, BGE 34 II 120 f., 42 II 317; His N. 28 f. zu OR 944; ferner sinngemäss BGE 69 I 123.

¹⁸ OR 559, HRV 26, Eidg. Amt in SHAB Nr. 96 vom 26. April 1929 S. 863, von Steiger in JK Karte 249 Sektion IX. S. 2, Wieland I 176, Guhl 583, Amberg 29, Keel 94 f., His N. 16 zu OR 956.

¹⁹ Wieland I 176 und 201, Grünbaum 12 f., Guldener 94.

²⁰ MSchG I (Z. 1); vgl. § 11 III d. A.

²¹ Wieland I 176, von Steiger JK Karte 249 Sektion IX S. 2, His N. 16 zu OR 956.

²² OR 944 I; so schon ausdrücklich Art. 3 der rev. Erg. Vo. II und Art. 928 II des E II; B II 131. Vgl. Z. III hienach.

²³ a) HGB 18 und 19, AktG 4 und 220, GmbHG 4, GenG 3.

b) Pisko 281 ff., Wieland I 176 und 200, Müller-Erbach 86, Schapira 95; HGB 17 I und II, 124 und 161.

c) Staub Anm. 8 zu HGB 18, Düringer Anm. 6 zu HGB 18.

Ursprungs²⁴ weder in der italienischen noch in der französischen Terminologie²⁵. Das englische Wort «firm» bezeichnet die Gesamtheit der Mitglieder einer Personengesellschaft (partnership), nicht aber den Namen, unter dem sie gemeinsam auftreten; jener heisst «firm-name»²⁶.

Die französische Gesetzgebung kennt einen dem schweizerischen Wort «Firma» entsprechenden Begriff nur bei den Personengesellschaften. Diese haben einen «raison sociale» bzw. einen «nom social»²⁷. Der Einzelkaufmann führt keine Firma in unserem Sinne²⁸. Er gebraucht seinen Personennamen, welcher in der Verwendung als Unternehmensname «nom signature», in derjenigen als Unternehmenskennzeichen «nom enseigne» und in derjenigen als Marke «nom-marque» genannt wird²⁹. Oft braucht die französische Rechtssprache das Wort «nom commercial» für die Bezeichnung der Gesamtheit dieser drei Begriffe³⁰. Trotzdem kann «nom commercial» nicht schlechthin der schweizerischen «Firma» gleichgesetzt werden, denn dieses Wort wird ebenso oft im Sinn von Enseigne³¹ oder Marke verwendet³². An andern Orten heisst jeder im Geschäftsverkehr gebrauchte Personennamen «non commercial», auch wenn er nur Teil einer Firma ist³³. Die «raison commerciale» und die «raison de com-

²⁴ Moriz Heyne, Deutsches Wörterbuch, Leipzig 1890, Bd. I S. 919.

Hans Schulz, Deutsches Fremdwörterbuch, Strassburg 1913, Bd. I S. 216.

Friedrich Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 11. A. Berlin und Leipzig 1934, S. 159.

²⁵ «firma» bedeutet in Italien Unterschrift: Nuovo co. civ. 2196; Vivante I n. 153, Gaetano n. 1, Fernando Palazzi, Novissimo dizionario della lingua italiana, 6. A. Milano 1940, S. 437.

²⁶ Partnership Act 1890 s. 4, Limited Partnerships Act 1907 s. 3, Registration of Business Names Act 1916 s. 22, Bills of Exchange Act 1882 s. 23 II, Moneylenders Act 1927 s. 15, Rules of the Supreme Court, Order 48 A. Lindley 146 ff. und 161, Daynes 397 f. und 438 f., Roskill 558. Als Beispiel aus der Rechtsprechung diene Tower Cabinet Co. Ltd. v. Ingram (1949) 1 All E. R. 1033 ff. In den älteren Quellen, insb. vor Erlass des Partnership Act, wird oft «firm» im Sinne der deutschen «Firma» verwendet; als Beispiel vgl. Farrar v. Deflinne (1844) 2 L. T. 401, und Levi 44.

²⁷ C. com. 20—23 und 25, ferner 29; franzG vom 7. März 1925 Art. 11, Lyon-Caen II n. 149 und 679, Thaller n. 490, Pic n. 389, Fouillet 24, 26 Anm. 3, 54, Baitry 7, de Lanzac n. 343 zu C. com. 22; Bordeaux 18. Nov. 1907, S. 1908. 2. 295.

²⁸ Späing Handelsrecht 22 Anm. 1, Siegmund in ZSR 16, 574, Wieland I 177 f.

²⁹ Thaller 83 Anm. 1, de Lanzac n. 54 zu C. com. 29/30.

³⁰ Thaller n. 101, Baitry 6, Fouillet 26, Oudinot in Annales 26, 262, Lyon-Caen in den Erläuterungen zu Cass.-civ. 17. Januar 1894, S. 1894. 1. 28.

³¹ § 11 II d. A. betr. die Bedeutung dieses Wortes.

³² Maunoury 170, Pandectes XLI 781 n. 1 und 4, Pouillet n. 720, Pic n. 396, Klotz n. 35, de Lanzac n. 41 zu C. com. 21, Ripert n. 724; Cass. req. 27. März 1900, D. P. 1900. 1. 400; Cass. req. 2. Juli 1935, S. 1935. 1. 327.

³³ Paris 18. Februar 1904, D. P. 1907. 2. 201 ff.; Paris 22. Dezember 1920, S. 1921. 2. 31.

merce» sind im Gegensatz zur «raison sociale» reine Geschäftsbezeichnungen und können nicht zur Unterschrift verwendet werden³⁴.

In Italien wurde wohl der deutsche Firmenbegriff übernommen; man braucht aber dafür das Wort «ditta» oder «ditta commerciale»; oft wird dieses Wort auf die Firma des Einzelkaufmanns beschränkt³⁵. Daneben verwendet die italienische Rechtssprache französische Worte in analoger Bedeutung. So spricht sie von «nome commerciale» und «ragione sociale»³⁶. Der in der Unterscheidung zwischen «nom signature» und «nom enseigne» enthaltene Gedanke wird in der Gegenüberstellung von «ditta soggettiva» und «ditta obiettiva (oggettiva)» in weiterem Sinne ausgedrückt³⁷.

Neben dem erwähnten «firm-name» verwendet die englische Terminologie die Worte «name», «trade name» und «business name», wenn ein unserer Firma verwandter Begriff umschrieben werden soll³⁸.

Die welschen Texte der schweizerischen Gesetze und Urteile gebrauchen die französischen und italienischen Worte, um den schweizerischen Firmenbegriff zu umschreiben. Sie können sich deshalb nicht immer an den diesen Worten in Italien und Frankreich beigelegten Sinn halten³⁹.

III. Die Festlegung weiterer Begriffe

Ausser dem Begriff der Firma müssen einige weitere Begriffe festgelegt werden, damit die nachherige Untersuchung von Definitionen entlastet wird.

Personengesellschaften⁴⁰ sind solche Handelsgesellschaften, bei denen

³⁴ FranzG vom 18. März 1919 Art. 4 II; Baitry 6 und 40, Fouillet 28; Cass. civ. 17. Januar 1894, S. 1894. I. 28.

³⁵ nuovo co. civ. 2563 ff. (dazu 2292, 2314, 2326, 2463 und 2473), Italienisches Wechselgesetz von 1933 Art. 8; Vivante I n. 140 f., Gaetano 73 n. 1 ff., Ferrara n. 67 (letzter Absatz).

³⁶ nuovo co. civ. 2292, 2314 und 2567; Vidari I n. 342, Vivante I n. 138 ff., II n. 382, Gaetano n. 2, Valeri II n. 223.

³⁷ Gaetano n. 1, Graziani in Riv. 43 I 178, Ferrara n. 63 und n. 80, De Gregorio 83, Valeri I n. 55, II n. 221 und 223.

³⁸ Registration of Business Names Act 1916, Bills of Exchange Act 1882 s. 23 I, Rules of the Supreme Court, Order 48 A r. 11; Byrne 390 und 883.

³⁹ Beispiel: OR 950 und BGE 70 II 187 sprechen von der «raison sociale de la société anonyme», während in Frankreich eines der Merkmale der «société anonyme» darin besteht, dass sie keine «raison sociale» hat, vgl. C. com. 29 und Lyon-Caen II n. 679 lit. c.

⁴⁰ B II 130.

mindestens ein Mitglied unbeschränkt persönlich haftet⁴¹, also die Kollektivgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft⁴². Bei den Kapitalgesellschaften dagegen können sich die Gläubiger nur an ein Gesellschaftskapital halten, so bei der Aktiengesellschaft und in der Regel bei der Genossenschaft. Bei der Genossenschaft ist allerdings eine unbeschränkte persönliche Haftung der Mitglieder möglich⁴³; das Firmenrecht unterwirft diese beiden Gesellschaften jedoch den gleichen Regeln⁴⁴, weshalb in dieser Arbeit der Begriff «Kapitalgesellschaften» die Genossenschaft mitumfassen soll. Die GmbH., deren Mitglieder wohl persönlich, aber nur beschränkt haften⁴⁵, nehmen eine Mittelstellung ein. Diese kommt auch im Firmenrecht zum Ausdruck, indem sie in bezug auf das Wahrheits- und Klarheitsprinzip den Kapitalgesellschaften⁴⁶, in bezug auf den Grundsatz der Ausschliesslichkeit weitgehend den Personengesellschaften gleichgestellt werden⁴⁷.

Der Firmenkern ist der Hauptbestandteil einer Firma vom Standpunkt des Firmenrechts aus gesehen⁴⁸. Bei den Firmen der Einzelkaufleute und der Personengesellschaften umfasst er alle in der Firma enthaltenen Namen der Firmenträger, bei den Firmen der Kapitalgesellschaften und der GmbH. kann er ein Phantasiewort, eine Sachbezeichnung oder ein Personennamen sein⁴⁹. Die übrigen Bestandteile einer Firma werden als Zusätze bezeichnet. Die das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusätze in den Firmen von Personengesellschaften sind Surrogate für Teile des Firmenkerns, d. h. für Namen von Gesellschaftern⁵⁰; dadurch werden sie selbst zu Bestandteilen des Firmenkerns und teilen dessen Schicksal⁵¹.

⁴¹ Ueber die grosse firmenrechtliche Bedeutung dieses Merkmals vgl. § 12 I d. A.

⁴² Das schweizerische Recht regelt ausser im Firmenrecht die Kommanditaktiengesellschaft gleich wie die Aktiengesellschaft, OR 764 II; das deutsche Recht stellt sie auch in bezug auf die Firma jener gleich, vgl. § 220 mit § 4 des AktG. Der C. com. dagegen behandelt die Kommanditaktiengesellschaft in jeder Beziehung als Personengesellschaft, Art. 38.

⁴³ OR 869.

⁴⁴ OR 950 und 951 II; His N. 14 zu OR 950.

⁴⁵ OR 802.

⁴⁶ Vgl. OR 949 mit OR 950. — ExpKom 947—949.

⁴⁷ OR 951 I; vgl. § 12 III d. A., insb. Anm. 74 zu § 12

⁴⁸ OR 944; His N. 39 zu OR 944; Düringer Anm. 2 zu HGB 18; Aeby in StenBull 1934 NR 789; Ferrara n. 69 (cuore della ditta).

⁴⁹ ZR 45, 203.

⁵⁰ OR 947.

⁵¹ Vgl. z. B. § 10 III C d. A. bei Anm. 96.

Unternehmen⁵² ist die durch organisatorische Zusammenfassung von Kapital und Arbeitskraft entstandene wirtschaftliche Einheit⁵³. Diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, die über das Unternehmen verfügen können, nennt man Unternehmer. Der Personenbestand eines Unternehmens, d. h. die Reihe der in ihm tätigen Menschen, ist eines seiner Elemente. Die Eigenart bzw. die Persönlichkeiten des oder der Unternehmer sind also ein Charakteristikum des betreffenden Unternehmens. Zum Begriff des Unternehmens gehört, dass es gewisse überpersönliche Züge aufweist⁵⁴. Deshalb können im Personenbestand Umwandlungen erfolgen ohne Einfluss auf den Bestand des Unternehmens. Ein Unternehmen ist also durch den (oder die) Unternehmer charakterisiert, der gerade die Verfügungsmacht innehat, ist aber in seinem Bestande von ihm unabhängig. Das gleiche lässt sich vom Unternehmer in seinem Verhältnis zum Unternehmen sagen. Die begriffliche Trennung von Unternehmen und Unternehmer⁵⁵ wird bei den Handelsgesellschaften leider nicht immer sauber durchgeführt⁵⁶.

§ 2. Der Tatbestand

I. Das Unrichtigwerden einer Firma zufolge Umwandlungen im Unternehmen

Ein Unternehmen wird durch die Elemente seiner Struktur, d. h. die Beschaffenheit seiner Bestandteile und andere Merkmale, charakterisiert: Die Verantwortung und die Geschäftsführung liegen in den Händen

⁵² Oft wird für diesen Begriff das Wort «Unternehmung» verwendet, v. a. in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur, so von Sombart 45 ff., Büchner 450 ff. und Walther 6. In der schweizerischen Rechtssprache herrscht der Terminus «Unternehmen» vor; vgl. Wieland I 239 ff., Schnitzer 166, Troller 21 ff., Egger N. 22 zu ZGB 28, Iklé 110 ff.; OR 641 III, 776 II, 626 II, 944 und 952; BankenG 1; BGE 64 II, 250; ZR 41, 83.

⁵³ Weitere Definitionen, die teilweise besser auf Einzelheiten eintreten, findet man bei Wieland I 240, Oppikofer 3 ff., Fehr in Hdwb 248, Schapira 18 ff., Büchner 450, Iklé 113, Ripert 265, Walther 6; BGE 22, 820.

⁵⁴ Oppikofer 9 ff. und 15, Ripert 177.

⁵⁵ Oppikofer in Hdwb 26, Schapira 35 und 37.

⁵⁶ Büchner 450 als Beispiel einer solchen Vermischung; saubere Trennung dagegen in BGE 62 I 121.

bestimmter Personen¹. Diese haben sich in einer gewissen Rechtsform zu einer Gemeinschaft zusammengeschlossen². Sie haften in einem bestimmten Umfange und auf eine gewisse Art³. Der Sachbestand des Unternehmens weist charakteristische Merkmale auf⁴. Die Geschäftstätigkeit erstreckt sich auf eine bestimmte Branche und über gewisse Landesteile. Die Niederlassung liegt an einem bestimmten Ort.

Das Unternehmen ist ein lebendiger Organismus. Es ist dem pulsierenden Wirtschaftsleben eingegliedert. Deshalb besteht immer die Möglichkeit, dass eines seiner Elemente verändert wird.

Die Firma als Unternehmenskennzeichen ist der Ausdruck der Struktur des Unternehmens, so wie sie bei der Firmenbildung vorlag. Sie bringt gewisse Elemente in ihrem Inhalt zum Erscheinen. Sie ist, allerdings in beschränktem Umfange, das Momentbild des Unternehmens im Zeitpunkt ihrer Bildung.

Bei der Bildung muss die Firma auf gewisse Vorschriften Rücksicht nehmen. Gemäss schweizerischem Recht muss ihr Inhalt wahr sein, er darf keine Täuschungsgefahr hervorrufen, er soll nicht öffentlichen Interessen zuwiderlaufen⁵, er darf nicht zu Verwechslungen mit anderen Firmen Anlass bieten⁶, und er muss über gewisse Tatsachen Auskunft geben⁷.

Treten Aenderungen in der Struktur des Unternehmens ein, so ist es möglich, dass die Firma nachträglich nicht mehr diesen Anforderungen entspricht. Sie ist in bezug auf irgendeine Vorschrift des Firmenrechts unrichtig geworden. Dieser Tatbestand liegt unserer Untersuchung zugrunde. Er wirft sofort die Frage auf: «Muss die Firma abgeändert werden?»

¹ Das sind in der Regel die Unternehmer selbst. Prokuristen und andere Hilfspersonen in leitender Stellung treten oft neben den Unternehmer, seltener sogar an seine Stelle.

² Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Aktiengesellschaft, Genossenschaft, GmbH.

³ Folgende Stufen sind möglich

a) unbeschränkte persönliche Haftung,

b) summenmässig begrenzte Haftung,

c) Kapitalsumme anstelle der persönlichen Haftung.

⁴ Beispiel: Effektenbank, Hypothekbank, Handelsbank, Sparkasse.

⁵ OR 944 I.

⁶ OR 946 und 951.

⁷ OR 945 I und II, 947 I und III, 949 II und 950 II.

II. Das Unrichtigwerden einer Firma aus ausserhalb des Unternehmens liegenden Gründen

Die Diskrepanz zwischen Norm und Inhalt der Firma kann auch auf ausserhalb des Unternehmens liegende Gründe zurückzuführen sein: Es werden neue Vorschriften aufgestellt. Alte Bestimmungen werden durch die Praxis anders ausgelegt. Der Inhalt der Firma erhält zufolge Aenderung des Sprachgebrauches eine andere Bedeutung. Auch hier stellt sich die Frage: «Muss die Firma geändert werden?»

§ 3. Die Rechtsquellen

I. Die in Frage kommenden Rechtsquellen

Die im Zusammenhang mit der Firma aufgeworfenen Fragen werden von den dreizehn Artikeln des 31. Titels des OR beantwortet, der die Ueberschrift «Geschäftsfirmen» trägt. Die Gesamtheit dieser Normen wird als Firmenrecht im objektiven Sinn oder als Firmenrecht schlechthin bezeichnet¹.

Die Firma kann auch Tatbestände des UWG erfüllen. Beispiele: Sie gibt zu Verwechslungen mit fremden Zeichen Anlass. Sie macht irreführende Aussagen über Struktur und Leistungsfähigkeit des eigenen Unternehmens².

In der Funktion als Unternehmernamen berührt die Firma die Persönlichkeitsrechte ihres Trägers, insbesondere sein Namensrecht. Ferner erfüllen viele Firmen dadurch Tatbestände des Namensrechts, dass sie Personennamen enthalten; der Firmengebrauch ist dann zugleich Namensführung³.

Andere Bestandteile der Firma wie Titel, gewerbliche Auszeichnungen u. ä. werden von Normen des öffentlichen Rechts, insbesondere der Gewerbepolizeiordnung, beherrscht⁴. Schliesslich kann die Firma dadurch

¹ Wieland I 185, von Steiger 11, His 221 und HStG in der Ueberschrift. Das Firmenrecht im subjektiven Sinne wird in dieser Arbeit stets «Recht an der Firma» genannt.

² UWG 1 insb. lit. d und b; BGE 73 II 182.

³ ZGB 28 und 29, OR 49; Egger N. 32 zu ZGB 28, His N. 12 zu OR 944.

⁴ BG über die berufliche Ausbildung vom 26. Juni 1930, Art. 48 II; weitere Beispiele in Anm. 67 zu § 12 d. A.

öffentliches Recht berühren, dass auf eine bestimmte Art des Firmengebrauches ein Tatbestand des Strafrechtes zutrifft⁵.

Auf Grund dieser Tatsachen erhebt sich das Problem der Gesetzeskonkurrenz. Es tritt auf zwei Arten in Erscheinung: a) Normenkomplex gegen anderen Normenkomplex bzw. fremde Einzelnorm. b) Einzelregel gegen Einzelregel. Der letztere Konflikt kann erst anhand des konkreten Falles beurteilt werden. In diesem Teil der Arbeit, der eine Grundlegung für die späteren Untersuchungen geben will, muss indessen versucht werden, die erste Frage abzuklären.

II. Die Gesetzeskonkurrenz

Die Art. 944—956 OR enthalten Normen, die sich nur mit den Besonderheiten der durch die Firma aufgeworfenen Fragen befassen. Sie lösen diese Probleme vom Standpunkt der Firma aus. Die Zusammenfassung dieser Artikel zu einem Titel und dessen Ueberschrift «Geschäftsfirmen» deuten auf eine gewisse Geschlossenheit der Regelung hin. Diese Tatsachen können den Eindruck erwecken, das Firmenrecht wolle die Probleme der Firma abschliessend lösen, unter Ausschluss aller übrigen Normen⁶.

Die These von der Ausschliesslichkeit des Firmenrechts wird zunächst unterstützt durch die Parömie «lex specialis derogat legi generali»⁷. Die Lösung einer Normenkonkurrenz allein auf Grund dieses Satzes kann aber nur unter zwei Voraussetzungen verantwortet werden:

- a) Es muss eindeutig erwiesen sein, dass eine lex generalis einer lex specialis gegenübersteht.
- b) Die Rechtsordnung muss logisch folgerichtig und einheitlich aufgebaut sein.

a) Bei der Gegenüberstellung von Firmenrecht und öffentlich-rechtlichen Normen (Polizei- und Strafgesetze) ist die Frage nach der lex specialis logisch nicht möglich, denn die einander gegenüberstehenden Normenkomplexe kommen mit den Firmenbestandteilen von ganz ande-

⁵ HStG 2 und 3, StGB 148 und 149.

⁶ So vertrat das Bundesgericht in BGE 21, 600 den Standpunkt der Ausschliesslichkeit des Firmenrechts; dieser Entscheid stellt einen Ausfluss der früheren Bundesgerichtspraxis in bezug auf das MSchG dar, vgl. BGE 17, 133; 19, 255; 22, 91; 27 II 625, 37 II 172, 38 II 701. Jene Praxis wurde stufenweise aufgegeben, vgl. BGE 22, 587 f., 40 II 360 und 73 II 117 f. und 135; aus der Literatur sei A. Wieland in SJZ 23, 211 ff. erwähnt.

ren Problemstellungen aus in Berührung; sie lassen sich schlechthin nicht miteinander vergleichen. Dagegen kann bei oberflächlicher Betrachtung das Firmenrecht als ein Spezialgesetz zum Wettbewerbsrecht oder zum Personenrecht (insbesondere Namensrecht) erscheinen. Wenn man aber die Vielfalt der in den drei Komplexen enthaltenen Normen berücksichtigt, so ist die Gegenüberstellung derselben als Einheiten fragwürdig. Es ist m. E. richtig, das Problem der *lex specialis* erst im konkreten Fall anzuschneiden, wenn Norm gegen Norm abgewogen werden kann.

b) Der logisch folgerichtige und geschlossene Aufbau ist wohl eine an jede Rechtsordnung zu stellende Forderung. Diese kann aber zufolge der geschichtlichen und politischen Kräfte vom Gesetzgeber nicht durchwegs erfüllt werden. Wer gegebenenfalls das Recht ohne weitere Prüfung gemäss dem Satz von der *lex specialis* anwenden will, läuft deshalb Gefahr, zu einem ungerechten oder sinnwidrigen Ergebnis zu gelangen. Die Parömie «*lex specialis derogat legi generali*» darf also nur im Rahmen der allgemeinen Auslegungsregeln verwendet werden⁸.

Unsere Frage: «Wollen die Art. 944—956 OR die Probleme der Firma ausschliesslich regeln?» muss somit aus Wortlaut und Sinn dieser Normen heraus abgeklärt werden.

Der 31. Titel des OR nimmt nur an einer Stelle auf eine fremde Norm Bezug. Abs. 3 von Art. 946 führt aus: «Gegenüber einer an einem andern Orte eingetragenen Einzelfirma bleiben die Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb vorbehalten.» Dieser Wortlaut allein kann jedoch auf unsere Frage keine eindeutige Antwort geben. Wer sie bejaht, wird behaupten, dieser gesetzliche Vorbehalt sei gerade deshalb nötig gewesen, weil sonst keine fremde Norm auf die Firma angewendet werden könnte. Zur Stützung der negativen Antwort wird man anführen, dass mit diesem gesetzestechnisch überflüssigen Hinweis die Lückenhaftigkeit des Firmenrechts zugestanden sei⁹. Welche Folgerung ist die richtige?

Die Entstehungsgeschichte gibt eine verneinende Antwort auf unsere Frage. Der Art. 876 altOR stellte in seinem Abs. 3 einen ausdrücklichen

⁷ Weiss 55 und 58.

⁸ Enneccerus I 162, A. Wieland in SJZ 23, 213, Burckhardt 257, sinngemäss Pfister 14 f.

⁹ ZR 41, 88.

Vorbehalt zugunsten der übrigen Bundesgesetzgebung auf¹⁰. Der heutige Art. 944 OR enthielt in der Fassung des E des Bundesrates die Bestimmung, dass der Inhalt der Firma «nicht offensichtlich gegen das Verbot des unlauteren Wettbewerbs verstossen» dürfe. Beide Klauseln wurden nicht in das OR von 1936 übernommen, weil es nach Ansicht der revidierenden Organe selbstverständlich ist, dass die Firma keine andern Normen, insbesondere solche des Wettbewerbsrechts, verletzen darf¹¹.

Diese Auslegung ergibt sich auch aus dem Sinn der konkurrierenden Normen. Das Firmenrecht ist sowohl im Personenrecht als auch im Wettbewerbsrecht verankert¹². Es verfolgt die gleichen Ziele wie jene Normen¹³: Einerseits sollen Personen individualisiert und ihr guter Ruf eingehalten werden, anderseits will das Firmenrecht die Einhaltung anständiger Spielregeln im Konkurrenzkampf und die Aufrechterhaltung eines Wettbewerbes mit der Leistung sicherstellen.

Ein weiteres Argument für die grundsätzliche Anwendbarkeit des UWG auf Firmen bildet die Tatsache, dass das OR nicht-eingetragene Firmen zulässt¹⁴. Diese geniessen den firmenrechtlichen Spezialschutz nicht; ihr Schutz wird vom UWG übernommen¹⁵. Da der Schutz des UWG unter Umständen weiter geht als derjenige des Firmenrechts¹⁶, würde es eine Ungerechtigkeit bedeuten, wenn man die eingetragenen Firmen vom wettbewerbsrechtlichen Schutz ausschliessen würde¹⁷.

Auch im Verhältnis des Firmenrechts zu Normen des öffentlichen Rechts kann kein Grund für eine ausschliessende Vorherrschaft von Art. 944 ff. OR gefunden werden. Das Firmenrecht gewährt dem Firmenträger selbstverständlich nur Ansprüche im Rahmen der öffentlichen Ordnung, was durch den Vorbehalt der öffentlichen Interessen in Art. 944 OR deutlich zum Ausdruck kommt.

Resultat: Es können keine Gründe dafür gefunden werden, dass das Firmenrecht die Probleme der Firmenbildung und Firmenführung aus-

¹⁰ Er lautete: «Der Bundesgesetzgebung bleibt vorbehalten, noch weitere Bestimmungen zum Schutze der an die Führung einer Firma sich anknüpfenden Verhältnisse aufzustellen.»

¹¹ Huber in B I 220, Scherer in StenBull 1934 NR 788.

¹² Hartmann 232 und Schnitzer 166. Vgl. ferner Huber in B I 218, Pfister 10, 38 und 47, Zürcher 36, His N. 72 zu OR 956, Baumbach 3 und 259, Iklé 106.

¹³ BGE 23 II 1758, Egger N. 12 zu ZGB 28, Semjud 41, 381, Weiss 54.

¹⁴ OR 934 II.

¹⁵ His N. 67 zu OR 956, Pfister 9.

¹⁶ His N. 64 zu OR 956, Hunzinger 117.

¹⁷ BGE 23 II 1757.

schliesslich regle. Andere Normen sind grundsätzlich auch von der Firma zu beachten¹⁸. Zeigt sich im Einzelfall, dass zwei Vorschriften auf den Tatbestand zutreffen, und nur die eine von beiden befolgt werden kann, so ist dieser Konflikt nach den allgemeinen Auslegungsregeln und auf Grund einer sorgfältigen Interessenabwägung zu lösen¹⁹.

-
- ¹⁸ a) UWG neben Firmenrecht anwendbar: Wieland I 186 und 216, Germann Vorarbeiten 71, Béguin in StenBull 1932 StR 61, Guhl 589, Schoenberg 344 und 353, Pfister 4 ff. und 12, His N.60 zu OR 956, Hunzinger 116, Michel 70 ff. — Grundlegend BGE 23 II 1755 ff. und 1815; an dieser Praxis hat das Bundesgericht in zahlreichen Entscheiden bis heute festgehalten, vgl. beispielsweise BGE 47 II 68, 73 II 117 und 73 II 183 f. — ZR 32, 198 f.; 41, 89; 43, 366 ff.; 45, 204.
- b) ZGB 28/29 und OR 49 auf Firmen anwendbar: Egger N.4 und 10 zu ZGB 29, N.12 ff. zu ZGB 28, Wieland I 186 und 216, Guhl 589, His N.72 und 81 zu OR 956, Zürcher 36. — BGE 44 II 86, 52 II 398. — ZR 19, 82; 23, 237; 43, 366 ff. — Handelsgericht Bern in ZBJV 244.
- ¹⁹ Urteile aus der Praxis, in denen eine vom Firmenrecht gebilligte und geschützte Firma verboten wurde, weil sie OR 48 bzw. UWG 1 verletzte: BGE 23 II 1755 ff., 40 II 130 ff.; ZR 23 II 137 f. und 41, 89; JT 53, 571 f.; NZZ 1948 Nr.34.

2. KAPITEL: PROBLEMSTELLUNG

§ 4. Die Interessenlage

I. Die Besonderheit dieser Interessenlage

Die Firma ist ein Bindemittel zwischen Unternehmer einerseits und Tauschpartner anderseits. Bei der Untersuchung der Interessenlage¹ sind diese zwei Pole zu beachten: die Interessen des Firmeninhabers und diejenigen der Allgemeinheit. Jede firmenrechtliche Ordnung muss sich mit diesen beiden Interessengruppen auseinandersetzen².

Die Vorschriften des Firmenrechts schützen das Publikum vor Täuschungen und sorgen dafür, dass es durch den Inhalt der Firma einen gewissen Einblick in die Struktur des Unternehmens erhält. Bei der Neugründung eines Unternehmens laufen die Interessen des ehrlichen Unternehmers diesen Ansprüchen der Allgemeinheit parallel. Er will über sich und sein Unternehmen Aufschluss erteilen, und er will Verwechslungen mit Konkurrenten vermeiden³.

Bewährt sich das neugegründete Unternehmen im Konkurrenzkampf, so bildet sich sog. Goodwill; dieser hängt zum grossen Teil an der Firma⁴. Wird die Firma nachträglich unrichtig, so überwiegt das Interesse des Firmeninhabers an der Erhaltung dieses Wertes seine Interessen an der Einhaltung der Prinzipien des Firmenrechts. Er will unter allen Umständen seine Firma unverändert beibehalten, selbst wenn dadurch jene Grundsätze und damit die Interessen des Publikums verletzt werden⁵. Somit treten in diesem Moment seine Interessen in Gegensatz zu denjenigen der Allgemeinheit. Bis zu diesem Zeitpunkt lassen sich im Firmenrecht beide Funktionen des gewerblichen Rechtsschutzes, Schutz des Goodwill der Unternehmen und Schutz der Tauschpartner gegen Irreführung⁶, gleichzeitig verwirklichen; jetzt muss man wählen.

¹ Müller-Erbach in ZHR 61, 358.

² Wieland I 185, Hartenstein 416 rechte Spalte, Schoenberg 334, Jost Hartmann 23, Wieser 10.

³ Siegmund in ZSR 16, 612 f., Schlupp 4, sinngemäss Pic n. 247 und Schnitzer 161.

⁴ Näheres § 5 I d. A.

⁵ Siegmund in ZSR 14, 340.

Das nachträgliche Unrichtigwerden einer Firma ruft also eine besondere Interessenlage hervor, den Gegensatz zwischen Einzel- und Gesamtinteresse⁷. Dieser Interessenkonflikt ist nicht etwa mit dem Gegensatz Individualismus — Kollektivismus in Parallele zu stellen, denn gerade die kollektivistische Strömung rückt das unpersönliche Unternehmen in den Vordergrund und tritt für die Erhaltung seines Goodwill ein⁸.

II. Die Lösung des Interessenkonfliktes

Wie ist dieser Interessenkonflikt zu lösen? Ein Kompromiss scheint nicht möglich zu sein. Soll der Goodwill voll erhalten werden, so muss die Firma unverändert bleiben, auch wenn sie gegen die Grundsätze des Firmenrechts verstösst. Dann ist aber eine Täuschung der Allgemeinheit höchst wahrscheinlich. In gewissen Fällen beruht die Erhaltung des Goodwill gerade auf der Täuschung des Dritten, z. B. wenn ein Kollektivgesellschaftler durch einen weniger zahlungskräftigen Kaufmann ersetzt wird ohne Abtausch der Namen in der Firma.

Um der Lösung der aufgeworfenen Frage näher zu kommen, soll in den folgenden beiden Paragraphen dieser Interessenkonflikt analysiert werden. Es wird zu prüfen sein, ob diese Interessen überhaupt schutzwürdig sind. Auch wird sich bei ihrer Zergliederung zeigen, ob dieser schroffe Gegensatz in jedem Falle besteht, wie es vorläufig den Anschein hat. Schliesslich ist bei jeder Gruppe von Ansprüchen im Hinblick auf den Konflikt ihre Minimalforderung festzustellen.

Nach diesen Voruntersuchungen kann die Lösung des Rechtsproblems versucht werden. Es lautet: Wie wird die Rechtsordnung diesen beiden entgegenstehenden Interessen gerecht⁹? An welchem Punkte zwischen der Berücksichtigung von Einzel- und derjenigen von Gesamtinteressen liegt die vernünftige Lösung? Welche ist die zweckmässigste Lösung für das schweizerische Recht?

⁶ Iklé 114 f.

⁷ Schlupp 5.

⁸ Iklé 103 f.

⁹ Siegwart 4.

§ 5. Die Interessen des Firmenträgers i. b.

I. Die Interessen des Firmenträgers an der unveränderten Beibehaltung der Firma

Die grosse Bedeutung des Unternehmens¹ als wirtschaftliche Einheit liegt darin, dass sein Wert die Summe der in ihm enthaltenen Einzelwerte übersteigt². Dieser Differenzwert kann gemäss seinem Ursprung in einen inneren und einen äusseren Teil zerlegt werden³. Der innere Unternehmensmehrwert ist vom Betriebe her zu erklären. Er beruht auf dem Wert der Arbeitsorganisation, der Erfahrungen, der Fabrikationsgeheimnisse u. a. m.⁴. Der äussere Unternehmensmehrwert muss vom Markte her begriffen werden. Er kommt in einem vorzugsweisen Zuspruch neuer Tauschpartner und in der Wahrscheinlichkeit der Fortführung früherer Tauschbeziehungen zum Ausdruck; er beruht also darauf, dass das Unternehmen am Markt eingeführt ist, d. h. dass es einen guten Ruf und gewisse Beziehungen erlangt hat⁵.

Der äussere Unternehmensmehrwert wird im Folgenden kurz mit Goodwill bezeichnet⁶. Mit der Wahl dieses Wortes sollen zwei Merkmale des zu untersuchenden Phänomens betont werden: a) «Good will» setzt «free will» voraus, d. h. die Möglichkeit der Tauschpartner, zwischen verschiedenen Unternehmen zu wählen⁷. b) Goodwill enthält das Element des Wohlwollens⁸. Der vorzugsweise Zuspruch oder die Aufrechterhaltung einer Tauschbeziehung erfolgt nicht auf Grund eines billigeren Angebotes, sondern in der Regel ohne Rücksicht auf den Preis, oft sogar trotz höherem Preis⁹.

¹ § 1 III d. A.

² Müller-Erbach in ZHR 61, 359 ff., Wieland I 248 (zahlreiche Zitate), Schapira 19, die bei Russenberger 47 und 50 angeführten Verfasser.

³ Aehnlich Schapira 20 f.

⁴ Grossmann 460, Narr 5 (Vorwurf an die deutsche Wissenschaft).

⁵ Narr 6, Simpson 699, Russenberger 119 und 132, Lord Eldon in Cruttwell v. Lye (1810) 34 E. R. 134, Lord Macnaghten in Trego v. Hunt (1896) A. C. 24.

⁶ Dieser Ausdruck wird auch vom Bundesgericht in BGE 61 II 124 und Pra 36, 200, ferner von den bei Iklé 111 Anm. 26 angeführten Verfassern verwendet. Andere Autoren brauchen die Worte «Faconwert» oder «Firmenwert», aber zum Teil in der Bedeutung von Unternehmensmehrwert schlechthin, vgl. Narr 5 f., Schapira 20 und Amberg 44. Grossmann 460 braucht das Wort «Goodwill» auch für den inneren Unternehmensmehrwert.

⁷ Russenberger 119 Anm. 276.

⁸ Webster's New International Dictionary of the English Language, 2. A. Springfield 1947, S. 1079.

⁹ Simpson 699, Russenberger 63.

Der Jurist kommt mit diesen Problemen im allgemeinen nur in einem Fall in Berührung, nämlich dann, wenn beim Unternehmerwechsel die Kundschaft übertragen werden soll¹⁰. Deshalb ist seine Auffassung des Goodwill oft zu eng¹¹. Auch die Beziehungen des Unternehmens auf dem Beschaffungsmarkt können nämlich mit Goodwill erfüllt sein; es gibt nicht nur auf dem Waren- bzw. Leistungsmarkt, sondern auch auf dem Geld- und Arbeitsmarkt einen Goodwill des Unternehmens¹². Dieser besteht und wirkt ferner in jedem Zeitpunkt des Bestandes des Unternehmens, nicht nur beim Unternehmerwechsel¹³.

Die Firma ist das umfassendste Bindemittel zwischen Unternehmer bzw. Unternehmen und Tauschpartner. Dadurch kommt ihr für die Schaffung und Erhaltung des Goodwill eine überragende Bedeutung zu¹⁴. Allerdings ist sie nicht die einzige Trägerin des Goodwill. Er hängt auch an anderen Kennzeichnungsmitteln wie Ensigne, Marke und Ausstattung¹⁵. Aus drei Gründen hat jedoch die Firma eine erhöhte Bedeutung:

- a) Jedes Unternehmen besitzt ein Firma¹⁶. Dafür sorgen gesetzliche Vorschriften¹⁷. Die Führung weiterer Kennzeichen dagegen ist fakultativ.
- b) Die Firma kann alle Funktionen der andern Kennzeichnungsmittel übernehmen; sie ist vollwertiges Unternehmenskennzeichen. Das Um-

¹⁰ Beispiele aus der Praxis: BGE 38 II 176, 61 II 124; ZR 41, 81; für England die bei Smith 59 Anm. e zitierten Entscheide. Vgl. ferner den Art. 148 s des Entwurfs von 1947 zu einem BG über den Agenturvertrag in BB1 1947 III 684 und 692. — Treadwell 29.

¹¹ Beispiel jene berühmte Definition von Lord Eldon in *Crutwell v. Lye* (1810) 34 E. R. 134: «The goodwill . . . is nothing more than the probability that the old customers will resort to the old place.»

¹² a) Customer's, consumer's oder commercial goodwill.

b) Investor's oder financial goodwill.

c) Industrial goodwill.

Vgl. Schapira 21, Simpson 699, Oppikofer in HdWB 27, Russenberger 27—31.

¹³ Betreffend das Problem seiner Bilanzierung vgl. Amberg 45 f. und die dort zitierten Quellen.

¹⁴ Ehrenberg in ZHR 28, 52, Müller-Erbach in ZHR 61, 368, Vinassa 95, Grünbaum 22 f., Fehr in Festgabe 77, Guhl 585 f., Grossmann 454 und 460 f., Schapira 102, Russenberger 23, Troller 63 (sinngemäss), Wood in Churton v. Douglas (1859) 70 E. R. 391.

¹⁵ Oppikofer 6.

¹⁶ Wieland I 177.

¹⁷ OR 552/4, 594/6, 620, 641, 764 II, 772, 776, 781, 832, 836 II, 934, 944 ff. His N. 63 f. zu OR 933 und N. 33 zu OR 944. Nicht erfasst werden einzig die Unternehmen, welche

a) einem Einzelkaufmann gehören,

b) im Jahr weniger als 25 000 Franken einnehmen,

c) keine in HRV 53 Z. 2—4 und 6—7 umschriebene Tätigkeit ausüben, und

d) nicht im Handelsregister eingetragen sind.

gekehrte ist nicht möglich, denn nur die Firma ist zur Unterschrift und als Parteibezeichnung im Prozess tauglich¹⁸.

- c) Die Firma dient als Bindemittel zu allen Tauschpartnern. Die andern Kennzeichen treten in der Regel nur gegenüber der Kundschaft in Erscheinung¹⁹.

Auf Grund dieser Tatsachen hat der Unternehmer ein grosses Interesse daran, seine Firma unverändert erhalten zu können. Neben diesem rein wirtschaftlichen bringen die Kaufleute oft weitere Argumente für die unveränderte Beibehaltung der Firma vor: Traditionsbewusstsein, Ehrgefühl und Familiensinn sollen fordern, dass die altehrwürdige Firma erhalten bleibe, und gleichzeitig Gewähr dafür bieten, dass der neue Inhaber sich des guten Rufes würdig zeige²⁰. Diese Gründe gelten allerdings nur für den Fall, dass die Firma eines Einzelkaufmanns oder einer Personengesellschaft zufolge Inhaberwechsel im Unternehmen unrichtig wird.

II. Die Schutzwürdigkeit dieser Interessen

Sind die Interessen des Firmeninhabers an der unveränderten Beibehaltung der Firma würdig, von der Rechtsordnung geschützt zu werden?

Goodwill als äusserer Mehrwert des Unternehmens ist teilweise nur der Ausdruck des inneren Mehrwertes desselben, der seinerseits auf zweckmässiger Organisation, Fabrikationsgeheimnissen u. a. m. beruht. Diese inneren Werte wurden durch die Tätigkeit der Unternehmensleitung geschaffen. In dieser Hinsicht ist also der Goodwillwert ein durch Arbeit geschaffener Wert²¹; der Schutz solcher Werte entspricht den Grundgedanken unserer Rechtsordnung.

Ist die Schutzwürdigkeit auch für den restlichen Teil²² des Goodwillwertes zu bejahen? Goodwill ist vorzugsweiser Zuspruch in bezug auf die Konkurrenzunternehmen oder im Vergleich mit einem in jenem Zeitpunkt (theoretisch) neu gegründeten Unternehmen von gleichem Aufbau. Was veranlasst den Käufer, Geldgeber, Arbeitnehmer oder Lieferanten, bei

¹⁸ § 1 I und II d. A.

¹⁹ Schapira 21.

²⁰ Wieland I 208, Wieser 123, Schapira 144, Ripert 184 (insbesondere die zitierte Stelle von Olivier-Martin), RGZ I 262.

²¹ Grossmann 453, Ripert 180.

²² Russenberger 31.

mehreren gleichwertigen Angeboten²³ mit einem bestimmten Unternehmer den Vertrag zu schliessen? Oder weshalb wählt er einen bestimmten Vertragsgegner, trotzdem jener einen höheren Preis verlangt bzw. weniger Zins oder Lohn bezahlt²⁴? Zum Teil sind für seinen Entschluss eigene oder fremde Erfahrungen massgebend; er hat als alter Kunde schon früher Tauschgeschäfte mit diesem Partner zu seiner Zufriedenheit getätigt, oder ein anderer hat ihm den Betreffenden empfohlen. Wo solche Ueberlegungen in Betracht fallen, da besteht eine Parallele zum bürgerlichen guten Ruf. Der Unternehmer hat seine Bevorzugung durch anständiges und korrektes Handeln verdient²⁵. Auch hier entspricht ein Rechtsschutz unserer Weltanschauung.

Darüber hinaus gibt es aber eine Werbekraft der Firma, die nicht auf ein Wohlwollen des Tauschpartners zurückzuführen ist. Durch ausgedehnte Reklame kann eine Firma derart dem Gedächtnis des Dritten eingeprägt werden, dass er bei seiner Wahl reflexartig auf das betreffende Unternehmen greift²⁶. Hier steht der Bevorzugung durch das Publikum scheinbar keine persönliche Qualität oder Leistung des Unternehmers im Interesse der Tauschpartner gegenüber. Es ist jedoch zu beachten, dass die übliche Reklame zu den Aufgaben des Unternehmers gehört. Er muss die Verbindung mit den Personen herstellen, welche einen entsprechenden Bedarf haben; sonst könnten diese ja nicht von den Qualitäten des Unternehmens und seiner Produkte profitieren. Unter Umständen ist der Reklame auch erlaubt, die Tauschpartner auf ihre unbewussten Bedürfnisse aufmerksam zu machen. Die Reklame wird erst dann als stossend empfunden, wenn den Rechtsgenossen ein ihren Interessen zuwiderlaufender Bedarf suggeriert wird; in diesen verhältnismässig seltenen Fällen muss diejenige Sparte der Werbekraft der Firma, welche auf die Reklame zurückzuführen ist, als nicht schutzwürdig bezeichnet werden. Diese Extremfälle dürfen indessen Gesetzgeber und Richter nicht dazu verleiten, die Interessen des Firmenträgers an der unveränderten Beibehaltung der Firma schlechthin nicht zu schützen, da ja deren Schutzwürdigkeit in den Regelfällen bejaht werden muss; eine derartige Massnahme wäre übrigens kein taugliches Mittel zur Bekämpfung der erwähnten Auswüchse des Wirtschaftslebens.

²³ Diese Situation ist in neuerer Zeit sehr häufig zufolge der Preiskontrolle und der Gesamtarbeitsverträge.

²⁴ Auler in Zs für Betriebswirtschaft, 4. Jahrgang 1927 S. 657.

²⁵ Vgl. die Beschreibung des Goodwill von Hatfield bei Russenberger 23.

²⁶ Erlanger in ZHR 28, 53.

Schliesslich kann die Wahl des Tauschpartners zwischen gleichwertigen Angeboten durch rein zufällige Momente wie seine Stimmung entschieden werden. Hier handelt es sich nicht um eigentlichen Goodwill; es kann auch nicht von Werbekraft der Firma gesprochen werden. Ein Schutz ist hier gar nicht möglich.

Ebenso liegt dort kein echter Goodwill vor, wo zufolge äusserer Umstände nur ein Angebot besteht. Beispiel: der einzige Krämerladen in einem abgelegenen Dorf. Dort wird ein Schutz nie aktuell.

Neben diesen zum überwiegenden Teil schutzwürdigen Interessen des Unternehmers hat auch die Allgemeinheit ein Interesse an der Erhaltung des Goodwill der Unternehmen²⁷. Das kommt daher, dass die Bildung von Goodwill nicht nur für den Unternehmer, sondern auch für die Volkswirtschaft von grossem Vorteil ist. Durch das gegenseitige Vertrauen der Tauschpartner erhalten die Tauschbeziehungen eine gewisse Konstanz, welche die Unsicherheit des Wirtschaftsablaufes etwas dämpft. Das wirkt sich für Einzel- und Gesamtwirtschaft vorteilhaft aus²⁸.

Ergebnis: Die Interessen des Firmeninhabers an der Erhaltung des Goodwill sind schutzwürdig. Das Bundesgericht sagt in einem neueren Entscheid²⁹ zutreffend, dass «ein unbestreitbares, rechtlich schutzwürdiges Interesse bestand. ... den der früheren Firma innewohnenden Goodwill vor dem Untergang zu bewahren».

III. Die Minimalforderung des Unternehmers

Welche Minimalforderung ergibt sich aus diesen Interessen³⁰?

Zunächst ist zu beachten, dass der Goodwill eine blossе Chance ist³¹. Ein unmittelbarer Schutz dieses Gutes an sich, etwa in Form eines absoluten Rechtes, ist deshalb nicht durchführbar³². Es kann sich nur darum handeln, die Realien, in denen er sich verkörpert, zu schützen und zu erhalten. Das sind insbesondere die Kennzeichnungsmittel des Unternehmens, deren wichtigstes die Firma ist.

Aus den schutzwürdigen Interessen des Firmeninhabers an der Erhaltung des Goodwill ergibt sich die Forderung, die Firma unverändert

²⁷ Wieland I 248, Locher 108, von Gierke I 128.

²⁸ Russenberger 146 ff. und 132.

²⁹ Pra 36, 200 = BGE 73 II 122.

³⁰ Vgl. § 4 II d. A.

³¹ Wieland I 246, Grünbaum 18, Simpson 699, Russenberger 64.

³² Wieland I 246 f., Frick 22, Troller 26.

beizubehalten, trotz tatsächlicher Veränderungen in der Struktur des Unternehmens. Der Goodwill ist teilweise in der Gefühlssphäre verankert. Deshalb lässt auch die kleinste Aenderung in der Firma das Publikum aufhorchen. Sie stört das Verhältnis zwischen Unternehmer und Markt selbst dann, wenn keine wesentliche Voraussetzung des Vertrauens weggefallen ist³³. Die Forderung des Firmeninhabers ist daher eine uneingeschränkte Maximalforderung: er will keine Aenderung in der Firma dulden.

§ 6 Die Interessen der Allgemeinheit i. b.

I. Die Interessen von Tauschpartnern, Staat und Dritten und deren Minimalforderungen

Im Gegensatz zum Maximalanspruch des Firmeninhabers kann die grundsätzliche Forderung der Allgemeinheit auf Anpassung der Firma an die veränderten Verhältnisse stark zergliedert und teilweise auf ein Minimum herabgesetzt werden¹. Die erste Aufteilung ergibt sich aus dem Wesen der Firma. Sie ist einerseits Bindemittel zwischen Unternehmer bzw. Unternehmen und Markt (A), anderseits kann sie nach schweizerischer Auffassung der Inhaber im Verkehr mit staatlichen Behörden benützen² (B). Stets individualisiert sie das betreffende Unternehmen bzw. den betreffenden Unternehmer gegenüber den Konkurrenten; die Interessen derselben werden durch die Firma ebenfalls berührt (C). Hat jede dieser Gruppen ein berechtigtes Interesse daran, dass die Grundregeln des Firmenrechts in jedem Falle des nachträglichen Unrichtigwerdens eingehalten werden?

A.

Den Tauschpartnern des Firmeninhabers kann zugemutet werden, ihre Forderungen darauf zu beschränken, nicht getäuscht zu werden. Orientierung über jeden internen Vorgang durch die Firma wäre wohl sehr angenehm, würde aber die Freiheit des Unternehmers unverhältnismässig stark einschränken. Dagegen kann dem Publikum nicht zugemutet

³³ Wieser 41 und 123.

¹ § 4 II d. A.

² § 1 I und II d. A.

werden, zugunsten des Firmeninhabers eine Irreführung in Kauf zu nehmen. Das Täuschungskriterium erscheint als Minimalforderung dieser Interessengruppe³.

Es fragt sich, ob der Anspruch, nicht getäuscht zu werden, in jedem Falle zur Anpassung der Firma führen muss. Das trifft nur in den Fällen zu, wo die Voraussetzungen für eine Täuschung tatsächlich vorliegen. Diese sind: a) Der Dritte vertraut auf die Firma. b) Sein Vertrauen ist nach der inneren Wandlung des Unternehmens nicht mehr gerechtfertigt.

a) Das Vertrauen auf die Firma ist bei den verschiedenen Kreisen von Tauschpartnern des Firmeninhabers von verschiedener Grösse. Bei gewissen Tauschhandlungen kommt der Dritte mit der Firma überhaupt nicht in Berührung; er kennt nur die Marke oder andere Unternehmenskennzeichen seines Partners. Beispiele: Er kauft eine Schachtel Zigaretten, auf der die Firma des Herstellers nicht angeführt ist. Er speist in einem Grossrestaurant, in dem das Lokal, das Personal und das Mobiliar mit einer Ensigne gekennzeichnet sind⁴. Diese Fälle sind für das Firmenrecht unbeachtlich. Es ist keine Täuschung durch die unrichtig gewordene Firma möglich, anderseits besteht auch kein Interesse an der unveränderten Beibehaltung der Firma. Dagegen ist in allen Fällen, wo den Partnern ein Schriftstück übergeben wird, ein Ersatz der Firma durch andere Kennzeichen ausgeschlossen, weil nur sie zur Unterschrift tauglich ist. Das trifft zu bei allen schriftlichen Verträgen, also in der Regel⁵ beim Dienstvertrag⁶, beim Darlehen, bei der Miete⁷, beim Auftrag⁸ und bei bedeutenden Kaufverträgen⁹. Auch im Fernverkehr wird die Firma in der Korrespondenz erscheinen müssen.

Nicht alle Drittpersonen lassen sich vom Vertrauen auf die Firma in der Wahl ihres Vertragsgegners beeinflussen. Manche sind durch die Tragweite des abzuschliessenden Vertrages dazu gezwungen, weitere Erkundigungen über das Unternehmen oder den Unternehmer einzuziehen¹⁰.

³ Wieland I 185, Ludwig in ZSR 44, 19 a, von Steiger 75, Ferrara 169, allgemeiner Troller 7.

⁴ § 11 I d. A.

⁵ Wenn auch nicht von Gesetzes wegen, vgl. Oser/Schönenberger N. 16 zu OR 11.

⁶ In bezug auf die Arbeits- und Hausordnung und bei Abweichungen von Normalarbeitsverträgen verlangen OR 321 und 324 Schriftlichkeit.

⁷ Becker N. 1 zu OR 16.

⁸ Der Kreditauftrag muss von Gesetzes wegen schriftlich erteilt werden, OR 408 II.

⁹ Wenn diese sich auf ein Grundstück beziehen, so schreibt das Gesetz selbst öffentliche Beurkundung vor, ZGB 657 und OR 216.

¹⁰ Haab 32, Grünbaum 35, Wieser 20.

so etwa der Kreditgeber (Lieferant oder Kapitalist) und der Arbeitnehmer. Damit ist die Gefahr einer Täuschung durch die unrichtig gewordene Firma erheblich gemindert. Diese Gefahr nimmt jedoch wieder zu, wenn neuerdings ähnliche Verträge zwischen denselben Partnern abgeschlossen werden. Es besteht dann ein gewisses Vertrauensverhältnis. Der Dritte verlässt sich auf seine erste Erkundigung, solange ihm nicht von einer Aenderung Mitteilung gemacht wird¹¹.

b) Selbst wenn der Tauschpartner auf die unrichtig gewordene Firma vertraut, so wird er nur dann getäuscht, wenn die für ihn massgebenden Elemente des Unternehmens anders sind, als er auf Grund des durch die Firma erzeugten Scheins annimmt. Beispiele: Der Kreditgeber interessiert sich für Wechsel in der Reihe der haftenden Personen oder für Veränderungen des Grundkapitals, ferner für die Rechtsform, die die Unternehmer gewählt haben, der Arbeitnehmer dagegen für den Geschäftsführer oder den Personalchef und für die Betriebsstätte¹².

Für das Vertrauen des Dritten können persönlichkeitsgebundene oder rein sachliche Elemente des Unternehmens massgebend sein^{13 14}. Zuzufolge der Zunahme der Betriebsgrösse¹⁵ haben sich immer mehr Organisationswerte vom Einfluss des Unternehmers losgelöst. Zudem hat die Bedeutung der sachlichen Elemente zugenommen, weil die Arbeitsvorgänge immer mehr mechanisiert wurden¹⁶. In der Entwicklung zur modernen Wirtschaft bestand also eine Tendenz zur Entpersönlichung¹⁷. Wäre das Unternehmen bis in die letzten Einzelheiten heute von seinen Inhabern losgelöst, so hätten die Tauschpartner kein Interesse mehr daran, über die Persönlichkeiten der jeweiligen Unternehmer Aufschluss zu erhalten.

¹¹ Treadwell 20; vgl. auch die bei Oppikofer 107 Anm. 4 zitierte Stelle von Petrus de Ubaldis.

¹² Betreffend die Branche des Unternehmens vgl. Russenberger 146, betreffend das Geschäftslokal Siegmund in ZSR 16, 615.

¹³ Oppikofer in Hdwb 27, Schapira 32.

¹⁴ Die französische Sprache bringt diesen Gegensatz dadurch zum Ausdruck, dass sie für die Kundschaft zwei Worte kennt: «chaland» oder «achalandage» deutet eher auf die durch sachliche Elemente angezogenen Kunden, «clientèle» wird vorwiegend für die persönliche Kundschaft gebraucht. Baitry 29, Thaller 82 Anm. 2; E. Littré, Dictionnaire de la Langue Française, Paris 1882, Band I S. 539 und 643; Dictionnaire de l'Académie Française, 8. A. Paris 1932, Band I S. 214 und 247.

¹⁵ Fabrikstatistik 1944 (herausgegeben vom Eidg. Statistischen Amt, Bern 1946) S. 25* und Tabelle 16*.

¹⁶ Ripert (capitalisme) 186, Simpson 699.

¹⁷ Oppikofer 10 und 118, Sombart 45, Grünbaum 11 ff., Fehr in ZBJV 71, 440, Hunzinger 7, Ripert (capitalisme) 177.

Es ist aber nicht so weit gekommen: die Kleinbetriebe sind in der Schweiz noch immer in der Ueberzahl¹⁸, und die Anzahl der Einzelkaufleute und Personengesellschaften übertrifft diejenige der Kapitalgesellschaften bei weitem¹⁹. Schliesslich ist es auch im modernen Wirtschaftsleben der Mensch, der den Geist eines Unternehmens bestimmt; auch die den Einzelmenschen überdauernde Tradition in einem Unternehmen ist ein menschliches Phänomen²⁰.

Als Ergebnis dieser Untersuchungen ist festzuhalten: Es kann nicht generell gesagt werden, ob durch eine unrichtig gewordene Firma eine Täuschung hervorgerufen wird. Stets müssen im einzelnen Falle die Art der Veränderung, die Art des Tauschpartners und seine Beziehung zur betreffenden Tatsache festgestellt werden. Die Minimalforderung des Publikums ist also keine einheitliche, sondern eine von Fall zu Fall verschiedene.

B.

In der schweizerischen Rechtsordnung dient die Firma auch zur Kennzeichnung des Unternehmers in seinem Verkehr mit Gerichts- und Verwaltungsbehörden. Deshalb hat der Staat ein Interesse daran, durch die Firma über die Elemente des Unternehmens, insbesondere dessen Inhaberschaft, unterrichtet zu werden. Ferner ist es für seine Zwecke wichtig, dass sich alle Firmen deutlich voneinander unterscheiden²¹. Je ausführlicher der Inhalt der Firma über Unternehmen und Unternehmer Aufschluss erteilt, um so weniger ist der Richter oder der Verwaltungsbeamte zu weiteren Nachforschungen gezwungen. Seine Forderung ist deshalb eine Maximalforderung: die Firma soll sich auf alle Fälle deutlich von andern unterscheiden und womöglich alle wissenswerten Angaben enthalten.

¹⁸ Tabelle 11 der Fabrikstatistik 1944 zeigt, dass über die Hälfte aller erfassten Unternehmen weniger als 20 Arbeiter beschäftigt, ungefähr ein Drittel weniger als 10 Arbeiter. Ähnliche Zahlen führt Ripert 169 in bezug auf den französischen Detailhandel an.

¹⁹ Aus der Tabelle in SHAB Nr. 26 vom 2. Februar 1948 S. 332 f. ist zu entnehmen, dass am 31. Dezember 1947 in der Schweiz 64 337 Einzelkaufleute, 9 339 Kollektivgesellschaften, 3 072 Kommanditgesellschaften, 19 814 Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften, 1 201 GmbH und 12 275 Genossenschaften eingetragen waren.

²⁰ Schnitzer 174.

²¹ Wieland I 185, Ludwig in ZSR 44, 19 a, von Steiger 75.

C.

Wird die Täuschung durch nachträgliches Anklingen zweier Firmen bewirkt, so entsteht eine besondere Interessenlage. Das Publikum verlangt die Abänderung einer der beiden Firmen, weil durch Verwechslung derselben Schaden entstehen kann, sofern die Verschiedenheit der beiden Unternehmen in einem für das Vertrauen massgebenden Element liegt. Die Interessen jedes der beiden Konkurrenten gehen darauf, dass vom andern die Firmenänderung verlangt werde²².

Schliesslich hat jeder Konkurrent ein Interesse daran, dass der Wirtschaftskampf sauber geführt wird. Aus diesem Gesichtspunkt dringt er grundsätzlich auf Befolgung der Vorschriften des Firmenrechts.

II. Die Schutzwürdigkeit dieser Interessen

Soll die Rechtsordnung das Interesse des Publikums, nicht getäuscht zu werden, schützen? Hier ist der gleiche Grund für die Schutzwürdigkeit vorhanden wie beim Interesse des Firmenträgers an der unveränderten Erhaltung der Firma: Es entspricht unserer Rechtsauffassung, dass sich niemand dadurch einen Vorteil verschaffen soll, dass er das Vertrauen des andern missbraucht²³. Dieser Gedanke kommt ja in der Lehre von der Täuschung als Willensmangel beim Abschluss von Rechtsgeschäften deutlich zum Ausdruck²⁴. In die gleiche Richtung weist die Tatsache, dass Gesetzgebung und Rechtsprechung immer mehr das Prinzip von Treu und Glauben im Verkehr berücksichtigen²⁵.

Der Staat fordert die Anpassung der Firma, weil ihm dadurch die Erfüllung seiner Aufgaben erleichtert wird: Dem Richter und dem Verwaltungsbeamten bleiben weitere Nachforschungen erspart, wenn jeder Unternehmer schon in seiner Bezeichnung wahrheitsgemässe Angaben macht, und wenn er sich durch dieselbe klar von jedem andern Unternehmer unterscheidet. Wer die Zuweisung der in Frage stehenden Aufgaben an den Staat billigt, muss auch seine Interessen an der Anpassung der Firma als schutzwürdig betrachten.

Der Dritte als Inhaber einer anklingenden Firma tritt für die Anpassung der unrichtig gewordenen Firma seines Konkurrenten deshalb

²² Näheres § 12 III d. A.

²³ Germann Gutachten 75 ff., Iklé 113 f.

²⁴ OR 28.

²⁵ UWG 1 I, BGE 50 II 202 und 56 I 50, Pfister 91, Germann in ZBJV 72, 58.

ein, weil er selbst Träger einer Firma ist, die er unverändert erhalten will. Die Schutzwürdigkeit dieser Interessen ergibt sich aus den in Ziff. II des § 5 angeführten Gründen.

III. Das Bild des Interessenkonfliktes nach der Analyse der einzelnen Interessen

Die verfeinerte Abklärung der Interessenlage hat folgendes Bild ergeben: Die Maximalforderung (§ 5) dehnt sich elastisch innerhalb des von der entgegengesetzten Minimalforderung (§ 6) freigegebenen Raumes. Der Firmeninhaber fragt: «Wann muss ich meine Firma ändern?» Die Antwort lautet: «Bei Täuschungsgefahr.» Da sich nie zum vorneherein eindeutig bestimmen lässt, ob eine unrichtig gewordene Firma im konkreten Falle zu Täuschungen Anlass geben kann, ist es nicht möglich, allein aus der Interessenerforschung eine generelle Lösung des Konfliktes zu finden. Die Rechtsordnung muss jedoch eine allgemeine Entscheidung treffen. Deshalb wird jede positive Lösung gewisse Interessen verletzen.

Diese Problemstellung berücksichtigt zunächst die Maximalforderung der staatlichen Organe, die ja über das Täuschungskriterium hinaus geht, nicht. Das hat seinen Grund darin, dass die Verbindung zwischen Unternehmer und Behörden keine typische Funktion der Firma ist. Die Firma wurde erst als genügende Bezeichnung des Unternehmers vor Gericht und Verwaltungsorganen anerkannt, als das Handelsrecht seine Lösung bereits getroffen hatte, und weil diese Entscheidung in der Schweiz so ausgefallen war, dass die Firma den Personennamen ersetzen konnte. Wenn die derart im Rahmen des Handelsrechts gefundene Lösung für die staatlichen Organe zu untragbaren Konsequenzen führen würde, so würde einfach die Firma von jenen Funktionen wieder ausgeschlossen.

Die Aufgabe des positiven Rechts besteht also darin, auf Grund einer sorgfältigen Abwägung dieser Interessen die generelle Entscheidung zu treffen. In den folgenden Kapiteln soll zunächst abgeklärt werden, wo die Schweiz in bezug auf ihre grundsätzliche Lösung im Vergleich zu den andern Ländern steht (3. Kapitel). Sodann soll die praktische Durchführung des gewählten Systems im einzelnen untersucht werden (4. Kapitel). Die gewonnenen Kenntnisse werden es ermöglichen, vom Standpunkt des aufgeworfenen Problems aus die schweizerische Lösung kritisch zu prüfen (5. Kapitel).

3. KAPITEL: PRINZIPIELLE LÖSUNG

§ 7. Das System der Firmenwahrheit

I. Das Vorkommen des Wahrheitssystems

Dieses System wird nach seinem Ursprungsland das französische genannt¹. Der Grundsatz der Firmenwahrheit als solcher ist jedoch in der Gesetzgebung Frankreichs nirgends ausgesprochen. Die französische Rechtsordnung enthält auch kein Firmenrecht in unserem Sinne. Nur einige verstreute Vorschriften sorgen dafür, dass die Kerne der Firmen von Personen- und Kapitalgesellschaften wahr sind².

Die Schweiz besitzt ein eigentliches Firmenrecht (Art. 944 ff. OR), dessen erster Artikel den Wahrheitsgrundsatz ausdrückt. Er ist als solcher auch in Art. 38 der HRV und in Art. 1 lit. b des UWG enthalten³. Ferner führen ihn zahlreiche Einzelvorschriften des Firmenrechts näher aus, von denen einzelne noch erhöhte Forderungen an den Firmeninhalt stellen⁴.

II. Das Wesen des Wahrheitssystems

Der Grundsatz der Firmenwahrheit fordert: «Die Firma darf keine unwahren Angaben enthalten»⁵. Keine der untersuchten Rechtsordnungen hat sich jedoch mit dieser negativen Forderung der Firmenwahrheit begnügt. Beide verlangen darüber hinaus, dass gewisse Aufschlüsse über die Struktur des Unternehmens in der Firma enthalten seien⁶. Diese positiven Forderungen fließen aus der Idee der Firmenkларheit⁷. Beispiel: Eine Kollektivgesellschaft, die in Frutigen Torf sticht, dürfte die Firma «Torfausbeutung Frutigen» führen, wenn nur das Wahrheitsprinzip gelten würde; dem steht aber Art. 947 Abs. 1 OR entgegen, indem er

¹ His 229.

² C. com. 21, 23 II, 25, 29, 30; ferner franzG vom 7. März 1925 Art. 11; Paris 18. November 1893, Annales 8 (1894) 81, Cass. civ. 29. Dezember 1897, D. P. 1898, I, 539; Fouillet 22 und 34 ff., Oudinot in Annales 26, 269.

³ BGE 73 II 182.

⁴ Nur nähere Ausführungen der allgemeinen Regel sind OR 945 III, 947 IV, 948 I und 950 II; erhöhte Anforderungen stellen OR 945 I und II, 947 I und III, und 949 II.

vorschreibt, dass die Firma der Kollektivgesellschaft mindestens den Namen eines Gesellschafters und einen das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz enthalten müsse⁵. Die Normen der Firmenklarheit in ihrer heutigen Form sind zugleich nähere Ausführungen des Wahrheitsgrundsatzes, indem sie die Bedeutung gewisser Aussagen in der Firma gesetzlich festlegen⁶. Diese enge Verbindung darf aber nicht dazu führen, dass man die Firmenklarheit im Begriff der Firmenwahrheit aufgehen lässt. Jedem dieser beiden Prinzipien liegt ein anderer gesetzgeberischer Zweck zugrunde: Das Wahrheitsgebot soll eine falsche Aussage in der Firma verhindern, damit bei den Adressaten keine falsche Vorstellung erzeugt wird; es dient somit der Verhütung von Täuschungen. Der Grundsatz der Firmenklarheit dagegen will beim Tauschpartner eine richtige Vorstellung erzeugen; dieser Zweck ergibt sich nicht aus dem Täuschungskriterium, sondern stellt diesem gegenüber ein zusätzliches Ziel dar.

Der Wahrheitsgrundsatz will auf dem Gebiet des Firmenrechts die beteiligten Menschen zur Ehrlichkeit zwingen und damit unter ihnen Vertrauen schaffen¹⁰; die Firmenwahrheit ist an sich ein sittliches Gebot¹¹. Als solches erhebt sie den Anspruch, absolut und objektiv zu gelten¹². Unwahrheit bedeutet, dass eine Aussage (in der Firma) nicht mit der Tatsache übereinstimmt. Will man feststellen, ob eine Unwahrheit vorliegt, so muss man die Bedeutung der Aussage kennen. Dieser Sinn liegt aber nicht in allen Fällen eindeutig fest¹³; dann muss man auf den allgemeinen Sprachgebrauch und schliesslich auf die Verkehrsauffassung greifen, um ihn zu ermitteln¹⁴. Dadurch gelangt ein subjektives Element in die Firmenwahrheit. Dieses Zurückgreifen auf die Verkehrsauffassung rechtfertigt sich um so eher, wenn man bedenkt, dass die Firmenwahrheit nicht nur Selbstzweck, sondern zugleich Mittel zur

⁵ Pisko 291, Huber in B I 215 f., Wieland I 192, Guhl 584 f.

⁶ OR 945 I und II, 947 I und III, 949 II, C. com. 21, 23 II und 30.

⁷ Pisko 291, Wieland I 192, Guhl 584 f.

⁸ Quelle dieses Beispiels ist MBVR 43, 351.

⁹ Vgl. § 12 II d. A.

¹⁰ Haab 20, Treadwell 41, Thaller 172 Anm. 4.

¹¹ BGE 56 I 50.

¹² BGE 62 I 122.

¹³ Beispiele eindeutig unwahrer Firmen: Ein Metzger in Kilchberg führt die Firma «A. Hotz, Delikatessen» oder «A. Hotz, Zürich». Beispiele von Worten mit umstrittener Bedeutung aus der Praxis: «Gartenarchitekt» in BGE 62 I 106 und «Migros» in BGE 59 I 41; vgl. weiter die Fälle der nächsten Anmerkung.

¹⁴ BGE 56 I 362, 59 I 41, 61 I 142, 62 I 103, 62 I 120 f., 64 I 56, 64 I 340 f., 68 I 120, 69 I 132, 72 I 127, 72 I 361.

Erreichung eines anderen ethischen Zieles, der Verhütung von Täuschungen, ist (siehe Ziffer III hienach).

Firmenwahrheit ist ihrem Wesen nach nicht gleichbedeutend mit Vollständigkeit. Wenn Firmen von Personengesellschaften nicht die Namen aller Gesellschafter enthalten müssen¹⁵, so liegt keine Ausnahme vom Wahrheitsgrundsatz vor¹⁶.

Heute werden Phantasieworte in der Firma zugelassen¹⁷. Sie verletzen das Prinzip der Firmenwahrheit nicht, da sie überhaupt nichts aussagen, somit auch keine Unwahrheit verbreiten können¹⁸.

Die einzelnen Teile einer Firma dürfen nicht isoliert auf ihre Wahrheit geprüft werden. Massgebend ist ihr Sinn im Zusammenhang des Gesamteindrucks der Firma. Diese Anschauung wurde als materielle Firmenwahrheit bezeichnet¹⁹ und von den Anhängern einer eher formellen Auffassung bekämpft²⁰.

III. Firmenwahrheit und Täuschungskriterium

Die Allgemeinheit stellt an das Firmenrecht die Forderung, dass niemand durch eine Firma getäuscht werde. Jedes System kann als generelle Entscheidung nur die Regelfälle berücksichtigen²¹. Auch das Wahrscheinlichkeitssystem ist nicht die Ideallösung; es ist nur ein Versuch, Täuschungen zu vermeiden. Dieses Ziel wird in der Regel erreicht, denn Wahrheitswidrigkeit und Täuschungsgefahr hängen eng zusammen: Die Mehrzahl aller Irreführungen durch Firmen ist auf unwahre Angaben in deren Inhalt zurückzuführen. Umgekehrt bewirkt eine unwahre Aussage meistens, dass irgendein Adressat getäuscht wird.

Einerseits ist der Wahrheitsgrundsatz aber in bezug auf das Täuschungskriterium zu eng. Das kommt daher, dass das Prinzip der Firmenwahrheit nur das Verhältnis zwischen Firmeninhalt und Struktur des

¹⁵ OR 947.

¹⁶ Huber in B I 216, Bundesrat in Botschaft 1928 S. 103, His N. 63 zu OR 944, Wieser 108.

¹⁷ OR 944 I.

¹⁸ ExpKom 694, 698 und 700, Haab jun. 38, His N. 53 f. und 61 zu OR 944. His vermischt in N. 53 Wahrheits- und Klarheitsprinzip und sieht deshalb im Wortlaut von OR 944 einen Widerspruch.

¹⁹ Wieser 88. In diesem Sinne Burckhardt in ZSR 16, 535, der allerdings noch weiter gehen will.

²⁰ Siegmund in ZSR 14, 337 ff. und 16, 563 ff., Locher 32 ff. Näheres in § 10 II C d. A.

²¹ § 6 III d. A.

Unternehmens betrachtet²². Es vermag somit jene Täuschungen nicht zu verhindern, die daraus entstehen, dass der Tauschpartner zwei Firmen miteinander verwechselt²³. Beispiel: Würde nur das Wahrheitsprinzip gelten, so dürfte jemand mit seinem Namen eine Firma bilden, die an die bekannte Firma eines gleichnamigen Unternehmers anklingt. Deshalb²⁴ unterwirft das schweizerische Recht die Firma dem Grundsatz der Ausschliesslichkeit²⁵. In der französischen Gesetzgebung fehlen solche Regeln; Lehre und Rechtsprechung haben diese Lücke unter Berufung auf Art. 1382 und 1383 des C. civ. ausgefüllt²⁶.

Andererseits kommt es vor, dass der Wahrheitsgrundsatz über sein mittelbares Ziel (die Täuschungsverhütung) hinaus schießt. Die Ursache ist folgende: Wahrheit ist an sich ein ethisches Ziel. Deshalb verlangt das Wahrheitsgebot die Wahrheit des Firmeninhaltes schlechthin und in jedem Fall. Auf die konkreten Adressaten der Firma wird nicht abgestellt²⁷. Diese werden aber durch eine wahrheitswidrige Aussage in der Firma möglicherweise gar nicht getäuscht, sei es, dass sie besonders vorsichtig sind, sei es, dass sie der betreffenden Tatsache keine Bedeutung beimessen²⁸. Beispiel: Unternehmer mit sehr weit von der Schweiz entfernten Absatz- und Einkaufsgebieten, etwa eine Ueberseehandels-gesellschaft, deren Niederlassung sich in einem unbekannten Dorf der Schweiz befindet, nehmen in ihre Firma den Namen der benachbarten Stadt als Ortsangabe auf²⁹. Obschon nach allgemeiner Lebenserfahrung keine Täuschung zu erwarten ist, verlangt das Wahrheitsgebot die Aenderung der Firma.

Art. 944 Abs. 1 OR verlangt, dass der Inhalt der Firma so beschaffen ist, dass er «keine Täuschungen verursachen kann». Welches ist der Sinn dieser Vorschrift? Auf den ersten Blick scheint es, dass hier die Forde-

²² BGE 62 I 120 bringt diese Begrenztheit des Wahrheitsprinzips klar zum Ausdruck.

²³ His N. 93 zu OR 944 und BGE 59 I 43 machen ebenfalls auf diese Täuschungs-gefahr aufmerksam.

²⁴ In diesem Zusammenhang wird nur die eine Wurzel der Ausschliesslichkeitsregel berücksichtigt, nämlich die Verhinderung von Täuschungen. Die andere Grundlage kommt in der Formulierung «Schutz des Rechts an der Firma» zum Ausdruck, vgl. OR 956.

²⁵ OR 946 und 951.

²⁶ Lyon-Caen II n. 157, Thaller n. 102 f., Nast 277 und 288 (2^o), Ripert n. 430; Cass. req. 4. Februar 1852, D. P. 1852. 1. 201, Paris 6. Februar 1865, D. P. 1865. 2. 38, Paris 7. August 1874, D. P. 1877. 2. 221, Cass. req. 16. Juni 1903, D. P. 1903. 1. 454, Cass. req. 2. Juli 1935, S. 1935. 1. 327.

²⁷ BGE 62 I 122.

²⁸ § 6 I A d. A.

²⁹ Zwei solche Beispiele aus dem Markenrecht sind in BBl 1890 I 298 und MuW 32, 317 f. zu finden.

rung der Allgemeinheit (dass niemand durch eine Firma getäuscht werde) unmittelbar in eine gesetzliche Norm umgegossen worden sei. Das würde bedeuten, dass bei der Beurteilung der Frage, ob ein Firmeninhalt gesetzwidrig ist, alle Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Eigenheiten der konkreten Tauschpartner des Firmenträgers, berücksichtigt werden können³⁰. Solche verfeinerte Ueberlegungen kann man vom Handelsregisterführer im Eintragungsverfahren nicht verlangen³¹. Sie sind auch unzweckmässig, weil der Unternehmer seinen Geschäftsbereich nach Belieben verlegen oder erweitern kann und dann mit neuen Tauschpartnern in Berührung kommt. Schliesslich würde ein solches Vorgehen dem Geist des Wahrheitssystems widersprechen (wie im vorhergehenden Abschnitt zu zeigen versucht wurde). Das «Täuschungsverbot» des Art. 944 OR wird deshalb mit Recht von der Praxis nur unter folgenden Annahmen herbeigezogen³²: a) Jede Firma wendet sich an alle Rechtsgenossen. b) Für jeden Adressaten ist jede Aussage in der Firma von Bedeutung. c) Jeder Rechtsgenosse vertraut auf den Firmeninhalt.

Ergebnis: Während einerseits in das Wahrheitsprinzip zufolge der Auslegungsbedürftigkeit des Firmeninhaltes ein subjektives Element gelangt, muss andererseits das Täuschungskriterium von den konkreten Adressaten der Firma losgelöst werden, um als Norm des schweizerischen Firmenrechtes brauchbar zu sein. Angesichts dieser Lage kann aus dem «Täuschungsverbot» des Art. 944 OR nicht mehr abgeleitet werden als aus dem Wahrheitsgebot³³. Das Gesetz stellt somit neben dem Wahrheitsgrundsatz keine andere allgemeine Regel betreffend den Firmeninhalt auf³⁴. Die Worte «keine Täuschungen verursachen kann» erscheinen im Hinblick darauf, dass das Wahrheitsgebot und das Ausschliesslichkeitsprinzip im Gesetz verankert sind, als überflüssig.

³⁰ § 6 I A und III d. A.

³¹ Näheres in § 14 I d. A.

³² Diese Annahmen liegen folgenden Entscheiden unausgesprochen zu Grunde: BGE 56 I 132, 56 I 362, 59 I 41, 61 I 142, 62 I 103 ff., 62 I 119, 64 I 341, 69 I 132, 72 I 127, 72 I 361. Die Entscheide bis und mit Bd. 63 beziehen sich auf die dem Art. 944 Abs. 1 OR entsprechende Vorschrift des Art. 1 der rev. Erg.Vo II.

³³ Daraus erklärt sich die Gewohnheit des Bundesgerichts, die beiden Merkmale «der Wahrheit entspricht» und «keine Täuschungen verursachen kann» nicht zu trennen, sondern ihr Vorhandensein in einer gemeinsamen Untersuchung abzuklären; vgl. die in den Anm. 15 und 32 hievor angeführten Entscheide.

³⁴ Die von His in N. 88 ff. zu OR 944 durchgeführte Trennung von Wahrheitsgebot und Täuschungsverbot ist nur vom theoretischen Standpunkt aus zutreffend. Unwahrheit bedeutet, dass die Aussage nicht mit der Tatsache übereinstimmt. Täuschung bedeutet, dass die Vorstellung (des Getäuschten) nicht mit der Tatsache übereinstimmt.

IV. Firmenwahrheit und unrichtig gewordene Firma

Wie verhält sich dieses System gegenüber der unrichtig gewordenen Firma?

Die Anpassung der Firma an die veränderten Verhältnisse wird schon aus Prinzip verlangt. Der Wahrheitsgrundsatz würde sein unmittelbares ethisches Ziel, die Redlichkeit und das gegenseitige Vertrauen im Geschäftsverkehr zu fördern, nicht erreichen, wenn er sich damit begnügen würde, Firmenbildungsvorschrift zu sein. Er muss zugleich die Firmenführung beherrschen. Die Firma muss zu jeder Zeit wahr sein. Also ist sie unverzüglich veränderten Verhältnissen anzupassen³⁵.

Auch vom Gesichtspunkt des Täuschungskriteriums aus muss die Aenderung der nach dem Wahrheitsgrundsatz gebildeten Firmen verlangt werden, wenn sie ihm nachträglich nicht mehr entsprechen. Solche Firmen sagen stets etwas aus. Der Tauschpartner verlässt sich auf ihren Inhalt, entweder weil er die firmenrechtlichen Normen kennt, oder weil er durch Erfahrung festgestellt hat, dass die Firmen seines Landes wahre Aussagen machen. Somit besteht in der Regel Täuschungsgefahr, wenn die Struktur des Unternehmens nicht mehr mit dem Inhalt der Firma übereinstimmt.

Da Firmenwahrheit nicht Vollständigkeit bedeutet, kommen auch bei diesem System nur solche Umwandlungen des Unternehmens in der Firma zum Ausdruck, die sich auf Tatsachen beziehen, über welche die Firma bereits eine Aussage macht oder nun kraft Spezialnorm machen muss³⁶.

V. Zusammenhänge

Dieses System wird den Interessen der Allgemeinheit am weitesten gerecht. Es schliesst die häufigste Ursache von Täuschungen, die wahrheitswidrigen Angaben, zum vorneherein aus. Das geschieht aber oft auf Kosten der Interessen des Firmenträgers, indem durch Anpassung von unwahr gewordenen Firmen Goodwillwerte zerstört werden. Andererseits hat die Gesamtheit aller Firmenträger in dem Sinne ein Interesse an dieser Lösung, als sie dem Wunsche nach Ehrlichkeit im Geschäftsverkehr entgegenkommt, und weil sie Vertrauen schafft.

³⁵ Wieland I 193 ff.

³⁶ Einzelheiten zu diesen grundsätzlichen Ueberlegungen in § 12 II d. A.

In diesen strengen Anforderungen an den Firmeninhalt kommt die öffentlich-rechtliche Komponente des Firmenrechts zum Ausdruck³⁷. Diese Lösung erfüllt auch die Forderungen des Staates in weitestem Masse. Den staatlichen Organen werden weitere Nachforschungen erspart, indem schon der Firmeninhalt umfangreiche und wahrheitsgetreue Auskunft über Unternehmer und Unternehmen erteilt. Auch die gewerbepolizeiliche Ueberwachung wird durch die firmenrechtliche Anpassungspflicht erleichtert.

Dieses System zwingt den Firmenträger, unter seinem wahren Namen aufzutreten. Es drängt sich deshalb überall dort auf, wo die Verwendung eines fremden Namens stossend wirken würde: im Verkehr mit staatlichen Behörden, vor Gericht und bei der Unterschrift, d. h. soweit die Firma als Unternehmensname verwendet wird³⁸. Es erstaunt uns somit nicht, wenn sich ein gewisses Zuordnungsverhältnis zwischen der Auffassung der Firma als reiner Unternehmensname und dem Wahrheitssystem feststellen lässt³⁹. Die Anhänger jener Definition verfechten in der Regel das Wahrheitsprinzip⁴⁰, und die Mehrzahl der schweizerischen Autoren gelangt zum Schluss, dass die Firma der Name des Geschäftsherrn sei⁴¹.

Ein ähnlicher Zusammenhang besteht zwischen dem System der Firmenwahrheit und jener Lehre, die das Recht an der Firma als Namensrecht betrachtet und demgemäss zu den Persönlichkeitsrechten einreihet⁴². Das kommt vor allem daher, dass der Name eines früheren Inhabers in der Firma als unwahr erscheint, und eine solche Firma also geändert werden muss. Damit ist die diesem System unterstehende Firma nicht übertragbar, sondern eng mit der Person des Firmenträgers verbunden. Jedenfalls überwiegt bei diesem System der Einfluss der personenrechtlichen Wurzel des Firmenrechts denjenigen der wettbewerbsrechtlichen⁴³.

³⁷ Haab 54, Fricke 33, Baumbach 259, von Steiger 75, Hunzinger 39; BGE 38 II 179; ZR 26, 12 f.

³⁸ Baitry 34.

³⁹ Locher 85 f.

⁴⁰ Erlanger 18 und 71, Haab 20 und 37, Schlupp 12 und 28, Béguin in StenBull 1932 StR 60.

⁴¹ Béguin in StenBull 1932 StR 60, von Steiger 7, Ludwig in ZSR 44, 19 a, Siegwart 16, Jost Hartmann 19; BGE 17, 517 und 650, 25 II 37, 39 II 267; ZR 41, 82.

⁴² Marx 5, Egger N. 10 zu ZGB 29 in Verb. mit N. 30 zu ZGB 28, Tuor 69, Hoffmann 14; zahlreiche deutsche Autoren bei Hunzinger 10 Anm. 1; BGE 44 II 86, 40 II 132; ZR 23, 236 und 41, 83.

⁴³ von Steiger 12 Anm.*)

§ 8. Das System der Firmenfreiheit

I. Das Vorkommen des Freiheitssystems

Das Prinzip der Firmenfreiheit ist heute in England verwirklicht¹. Im Common Law fehlt ein Firmenrecht in unserem Sinn. Die Firma wird — in unserer Terminologie ausgedrückt — im Rahmen des Case Law von Wettbewerbsnormen beherrscht². Daneben werden besonders wichtige Fragen durch Normen des Statute Law geregelt, die aber auf zahlreiche Gesetze verteilt sind, und die stets nur Lösungen vom Gesichtspunkt der betreffenden Erlasse aus geben³. Diese Wahl entspricht dem Wesen des Fallrechts. Man vermeidet jede Abstraktion und lässt den Richter im einzelnen Fall entscheiden, ob die Firma täuschend geworden sei und abgeändert werden müsse. Gesetzliche Vorschriften werden nur gerade dort erlassen, wo sich eine Regelung durch den Gesetzgeber gebieterisch aufdrängt⁴.

Der von Munzinger 1864 verfasste Entwurf zu einem schweizerischen Handelsrecht bekannte sich ebenfalls zum System der Firmenfreiheit⁵. Im Gegensatz zur englischen Durchführung wurde der Grundsatz der Firmenfreiheit ausdrücklich festgelegt⁶. Im Entwurf zum OR von 1871 fehlten firmenrechtliche Vorschriften überhaupt: offenbar versuchte Munzinger, auf diese Weise das angefochtene Freiheitssystem zu retten⁷. An dieser liberalistischen Ordnung hielten auch noch die Entwürfe von 1875 und 1877 fest⁸.

¹ Hartenstein 419 führt noch weitere angelsächsische Länder an.

² Typisch in dieser Hinsicht sind *Joseph Rodgers & Sons Ltd. v. W. N. Rodgers & Co.* (1924) 41 R. P. C. 277 ff. und *Jay's Ltd. v. Jacobi* (1933) 1 Ch. 411 ff.

³ Building Societies Act 1874 (37 & 38 Vict. c. 42), Bills of Exchange Act 1882 (45 & 46 Vict. c. 61), Partnership Act 1890 (53 & 54 Vict. c. 39), Industrial and Provident Societies Act 1893 (56 & 57 Vict. c. 39), Building Society Regulations 1895, Friendly Societies Act 1896 (59 & 60 Vict. c. 25), Money-lenders Act 1900 (63 & 64 Vict. c. 51), Limited Partnerships Act 1907 (7 Edw. 7 c. 24), Registration of Business Names Act 1916 (6 & 7 Geo. 5 c. 58), Money-lenders Act 1927 (17 & 18 Geo. 5 c. 21), Companies Act 1947 (10 & 11 Geo. 6 c. 47), Companies Act 1948 (11 & 12 Geo. 6 c. 38); Rules of the Supreme Court 1883.

⁴ Fritz Schulz hat diese Zusammenhänge für das römische Recht aufgedeckt; vgl. seine «Prinzipien des römischen Rechts», München und Leipzig 1934, insb. S. 6.

⁵ Munzinger 39, Bundesrat in BBl 1880 I 229.

⁶ Art. 13 Abs. 2.

⁷ His 227. Vgl. die Kritik des Handelsrechtsentwurfes durch Heusler in ZSR 1866 (Bd. 13 alte Folge) 131 ff., insb. 174 ff.

⁸ Vgl. jeweils den letzten Titel derselben.

Schliesslich kann in diesem Zusammenhang daran erinnert werden, dass im deutschen gemeinen Recht bis zum Erlass des AHGB im Jahre 1861 die Firma in der Regel frei gewählt werden durfte⁹.

II. Das Wesen des Freiheitssystems

Dem System der Firmenfreiheit liegt folgende Idee zugrunde: Es werden keine Vorschriften über Firmenbildung aufgestellt. Damit kann die Firma auch während ihrer Führung nie gegen solche Normen verstossen, also gibt es keine unrichtig gewordenen Firmen. Keine Veränderung im Unternehmen wird den Unternehmer dazu zwingen können, seine Firma zu ändern.

Die englische Rechtslehre gelangt von diesen Grundgedanken aus zu Regeln, die denjenigen des schweizerischen Firmenrechtes meistens diametral entgegengesetzt sind. Beispiele: Jedermann darf rechtmässig sein Geschäft unter einem fremden Namen betreiben, sofern er damit nicht Rechte Dritter verletzt¹⁰. Der Einzelkaufmann darf unter einer Firma auftreten, die aus mehreren Personennamen oder aus einem Personennamen und dem Zusatz «& Co.» zusammengesetzt ist^{10a}; es steht ihm auch frei, lediglich eine Angabe über die Struktur seines Unternehmens als Firma zu führen¹¹. Das der Kollektivgesellschaft des OR weitgehend entsprechende «partnership» darf seine Firma ohne den Namen eines Mitgliedes bilden¹². Die Firma des «limited partnership», des Analogon zur Kommanditgesellschaft des OR, muss die Beschränkung der Haftbarkeit nicht zum Ausdruck bringen¹³; sie darf den Namen eines beschränkt haftenden Gesellschafters enthalten¹⁴. Das «company» kann den Inhalt seiner Firma

⁹ Haab 18, Erlanger 42 f., Pisko 291 Anm. 1.

¹⁰ Levi 44, Lindley 115; R. v. Whitmore (1914) 10 Cr. App. R. 206; vgl. die Beispiele aus der Praxis in den folgenden Anmerkungen.

^{10a} Beispiel aus der Praxis ist Rosher v. Young (1901) 17 T. L. R. 347.

¹¹ Levi 44, Beispiel aus der Praxis in Re Mann's Trade Marks (1919) 35 T. L. R. 371.

¹² Smith 21 f.; als Beispiele aus der Praxis vgl. Carter v. Whalley (1830) 8 L. J. 340 (King's Bench), Meyer & Co. v. Faber (1923) 2 Ch. 421 ff., Jay's Ltd. v. Jacobi (1933) 1 Ch. 411 ff., Tower Cabinet Co. Ltd. v. Ingram (1949) 1 All E. R. 1033 ff.

¹³ Limited Partnerships Act 1907 s. 7; Lindley 918, Smith 62 Anm. a, Chance II 28, Pollock 181.

¹⁴ Lindley 918. Damit erhöht der Kommanditär jedoch die Gefahr, zufolge «holding out» unbeschränkt haften zu müssen, vgl. § 14 II B d. A.

vollständig frei wählen¹⁵. Wer für den Goodwill eines übernommenen Geschäftes einen Preis bezahlt hat, erlangt ipso iure das Recht zur Führung der alten Firma¹⁶. Scheidet ein Gesellschafter aus dem «partnership» aus, so muss die Firma auch dann nicht geändert werden, wenn sie seinen Namen enthält¹⁷. Nach der Auflösung des «partnership» darf jedes Mitglied — unter Wahrung der Rechte der andern^{17a} — die alte Firma für sich weiterführen¹⁸, selbst dann, wenn sie den Familiennamen eines andern Partners enthält¹⁹.

III. Firmenfreiheit und Täuschungskriterium

Eine Anpassung der Firma bei Umwandlungen im Unternehmen scheint auch vom Standpunkt des Täuschungskriteriums aus nie nötig zu sein. Da die Firma nichts aussagen muss und wahrheitswidrig sein darf, vertraut das Publikum auch nicht auf ihren Inhalt. Es kann also nicht getäuscht werden, wenn die Struktur des Unternehmens mit dem Firmeninhalt nicht mehr übereinstimmt²⁰.

Diese Unmöglichkeit der Täuschung besteht aber nur scheinbar. Die Firma kann freiwillig etwas aussagen. Auch unter dem System der Firmenfreiheit wird der Unternehmer in der Regel seinen Familiennamen in die Firma aufnehmen und wahrheitsgetreue sachliche Angaben machen. Dieses Vorgehen ist für ihn das nächstliegende und entspricht seinen Interessen²¹. Der Tauschpartner stellt am Anfang seiner Beziehungen zum Unternehmer fest, dass die Firma die Struktur des Unternehmens wahrheitsgemäss wiedergibt. Solange ihm keine gegenteilige Mitteilung gemacht wird, vertraut er im weiteren Verlaufe der Geschäfte darauf,

¹⁵ Macnaghten 145 f., Chance II 173, Palmer 18. Beachte indessen die weitgehende Beschränkung dieses theoretischen Satzes durch die Gesetzgebung in Companies Act 1948 s. 2 I a, 17, 18 II und 388; vgl. dazu den Text bei Anm. 26 hiernach, in § 12 I d. A. und in Anm. 9 a zu § 14 d. A.

¹⁶ James in Levy v. Walker (1879) 10 Ch. 448; Lindley 530, Palmer 238; Beispiele aus der Praxis sind Thynne v. Shove (1890) 45 Ch. 577 ff. und Townsend v. Jarman (1900) 2 Ch. 698 ff.

¹⁷ Lindley 76 f. und 115; das kommt auch in Partnership Act 1890 s. 14 II zum Ausdruck; als Beispiele aus der Praxis vgl. Levy v. Walker (1879) 10 Ch. 436 ff. und Re Fraser (1892) 2 Q. B. 633 ff.

^{17a} Die grösste praktische Bedeutung hat deren Anspruch auf Schutz vor Haftbarkeit, welche sie zufolge «holding out» durch den fortgesetzten Gebrauch der Firma treffen könnte, vgl. § 14 II B d. A.

¹⁸ Lindley 532, Chance II 25.

¹⁹ Burchell v. Wilde (1900) 1 Ch. 551 ff.

²⁰ Vgl. § 6 I A (a) d. A.

²¹ Vgl. § 4 I d. A.

dass die Firma wahr sei. Er unterliegt also einer Täuschung, wenn sich die Struktur des Unternehmens inzwischen verändert hat.

Eine Täuschung der Adressaten wird beim Freiheitssystem seinem Wesen gemäss grundsätzlich in Kauf genommen^{21a}. Der Firmeninhaber wird höchstens im Einzelfall daran gehindert, das Vertrauen seines Tauschpartners, welches er selbst durch den erzeugten Schein verursacht hat, zu missbrauchen. Diesem Zweck dient in England die sogenannte Lehre vom «holding out»²². Aus ähnlichen Ueberlegungen bestimmte Munzinger in seinem Entwurf, dass ein Kommanditär, dessen Name in der Firma erscheine, unbeschränkt haften solle²³.

Der Grundgedanke der Firmenfreiheit wurde nie bis in die letzte Konsequenz verwirklicht. Er wurde stets zugunsten der Täuschungsverhinderung in zweifacher Hinsicht zurückgedrängt:

a) Das Freiheitsprinzip vermochte nie, den Unternehmer bei der Bildung und Führung seiner Firma von der Pflicht zur Rücksicht auf die anderen Firmenträger zu entbinden. Man nimmt wohl solche Täuschungen in Kauf, die auf falsche Vorstellungen über die Struktur des Unternehmens zurückzuführen sind. Täuschungen zufolge Verwechslungen zweier ähnlicher Firmen dagegen sollen durch das Prinzip der Ausschliesslichkeit vermieden werden²⁴. Für die Erreichung dieses Zieles sorgen in England die Gerichte und das Handelsministerium (Board of Trade). Die Gerichte erlassen auf Klage des Trägers der älteren Firma hin gegen den Inhaber einer jüngeren Firma, welche zu Verwechslungen mit der älteren Anlass gibt, ein entsprechendes Verbot²⁵. Das Handelsministerium wacht darüber, dass nicht zwei verwechselbare Firmen im Gesellschaftsregister (Register of Companies) eingetragen werden oder

^{21a} Das zeigt sich deutlich in *Levy v. Walker* (1879) 10 Ch. 448.

²² Vgl. § 14 II B d. A.

²³ Art. 52 Abs. 2, Munzinger 106, vgl. dazu Heusler in ZSR 1866 (Bd. 13 alte Folge) 175.

²⁴ Die Täuschungsverhinderung ist nur die eine Grundlage der Ausschliesslichkeitsregel; die andere besteht im Schutz der Rechte des Firmenträgers; vgl. Anm. 24 zu § 7 d. A. Diese zweifache Verwurzelung zeigt sich auch in der englischen Rechtsprechung; vgl. nächste Anm.

²⁵ *Levi 44*, *Smith 22*, *Lindley 115* und *151 f.*, *Topham 21* (ad 3), *Buckley 47 ff.*: *The Society of Motor Manufacturers and Traders Ltd. v. Motor Manufacturers' and Traders' Mutual Insurance Cy. Ltd.* (1925) 1 Ch. 675 ff., *Jay's Ltd. v. Jacobi* (1933) 1 Ch. 411 ff., *Wright, Layman & Umney Ltd. v. Wright* (1948) 65 R. P. C. 185 ff., *Midland Counties Dairy Ltd. v. Midland Dairies Ltd.* (1948) 65 R. P. C. 429 ff.; vgl. ferner die zahlreichen älteren Entscheide, welche die erwähnten Autoren und Fälle anführen. Die Richter sind allerdings in der Gewährung solcher Ausschliesslichkeitsansprüche zurückhaltend, indem sie unge-rechtfertigte Monopolstellungen befürchten.

bleiben²⁶. Die drei schweizerischen Entwürfe zu einem Handelsrecht bzw. zum OR sorgten durch gesetzliche Vorschriften dafür, dass sich jede spätere Firma von allen im Register eingetragenen genügend unterscheide²⁷.

b) Auch im Bereich des Verhältnisses zwischen Inhalt der Firma und Struktur des Unternehmens gelangte der Freiheitsgrundsatz nie unumschränkt zur Geltung. Die englische Gesetzgebung verlangt von der Firma ein Mindestmass an Wahrheit²⁸. Im gleichen Sinne schrieb der Entwurf von Munzinger vor, dass die Firma der Aktiengesellschaft keine Namen von Gesellschaftern enthalten dürfe²⁹.

IV. Zusammenhänge

Dieses System zwingt den Unternehmer grundsätzlich nie zur Aenderung seiner Firma. Es wird also seinen Interessen an der Erhaltung des Goodwill in vollem Umfange gerecht³⁰. Der Schutz der Allgemeinheit ist auf ein Mindestmass herabgesetzt. Er greift nur dort ein, wo wirklich ein schutzwürdiges Interesse gefährdet ist, d. h. erst dann, wenn im konkreten Fall die Voraussetzungen der Täuschung³¹ erfüllt sind. Dieses Eingehen auf den Einzelfall weist auf die wettbewerbsrechtliche Wurzel des Firmenrechts hin³².

Vom Standpunkt des Unternehmers aus gesehen bewirkt dieses System, dass die Firma frei übertragbar ist. Damit erlangt sie für ihn Vermögenswert. Jedenfalls ist es auf diese Weise möglich, die Firma ganz vom Unternehmer zu lösen und nur an das Unternehmen zu knüpfen. Damit wird dem unpersönlichen Element in der modernen Wirtschaft Rechnung getragen³³. Diesen Zusammenhängen entsprechend zeigt sich in der Rechtslehre ein Zuordnungsverhältnis zwischen dem Freiheitssystem, insbesondere der Uebertragbarkeit der Firma, und der Auffassung der Firma als Unternehmensbezeichnung bzw. des Rechts an der Firma als Vermögensrecht³⁴.

²⁶ Companies Act 1948 s. 17, 18 II und 388; Palmer 18 (ad Section 17), Buckley 46.

²⁷ E 1864 Art. 13 und 14, E 1875 und E 1877 je Art. 908—910.

²⁸ Einzelheiten in § 12 I d. A.

²⁹ Art. 122 Z. 1. Vgl. dazu Heusler in ZSR 1866 (Bd. 13 alte Folge) 175.

³⁰ Vgl. § 5 IV d. A.

³¹ Vgl. § 6 I A d. A.

³² Vgl. § 3 II d. A., insb. Anm. 16 zu § 3.

³³ § 6 I A d. A. unter lit. b.

³⁴ Locher 92 f., Fricke 10/12 und 55, Grünbaum 27, 29 und 46, Schapira 111 und 118, Fehr in ZBJV 71, 444, Amberg 13, Hunzinger 3 und 11, Maunoury 313 f.

§ 9. Das gemischte System

I. Das Wesen des gemischten Systems

Jedes der beiden reinen Systeme verletzt gewisse schutzwürdige Interessen: Das Wahrheitsprinzip kann im Falle des nachträglichen Unrichtigwerdens einer Firma Goodwillwerte zerstören¹. Unter der Herrschaft der Firmenfreiheit muss eine Täuschungsgefahr in Kauf genommen werden². Deshalb versucht man eine Kompromisslösung: Der Wahrheitsgrundsatz gilt nur bei der Neubildung einer Firma. Beim nachträglichen Unrichtigwerden derselben wendet man dagegen die Regeln an, welche sich aus dem System der Firmenfreiheit ergeben. Damit wird der Verschiedenheit der Interessenlage beim nachträglichen Unrichtigwerden gegenüber derjenigen bei der Neubildung Rechnung getragen³. Auf diese Weise entstehen zwei Sorten von Firmen, neue oder ursprüngliche einerseits und abgeleitete oder erworbene anderseits⁴.

Es erscheint natürlich, dass auch unter diesem System die Firma der Regel der Ausschliesslichkeit unterworfen wird⁵, denn beide dem gemischten System zu Grunde liegenden reinen Systeme kennen diese Regel⁶.

Das gemischte System geht vom Wahrheitsgrundsatz aus; vom Standpunkt der ursprünglichen Firmen aus erscheinen die abgeleiteten als Ausnahmen. Deshalb wird dieses System oft als dasjenige der relativen Firmenwahrheit bezeichnet; das Wahrheitssystem (§ 7 hievor) heisst dann System der absoluten Firmenwahrheit⁷. Aus dem gleichen Grunde spricht man von natürlichen und künstlichen Firmen an Stelle von ursprünglichen und abgeleiteten⁸.

¹ § 7 V d. A.

² § 8 III d. A. in Verb. mit § 14 I d. A.

³ Vgl. § 4 I d. A.

⁴ Wieland I 181.

⁵ Für die in Z. II hienach erwähnten Verwirklichungen des gemischten Systems vgl.:

a) HGB 30.

b) PGB 1260.

c) nuovo co. civ. 2564 und 2567 II.

d) Betr. das italienische Recht vor 1942 siehe co. com. 77 II (letzter Satz) und die reichhaltige Rechtsprechung (zusammengestellt bei Ferrara n. 71).

⁶ § 7 III und § 8 III d. A.

⁷ Haab jun. 38, Wieser 122.

⁸ Wieland I 181.

II. Das Vorkommen des gemischten Systems

Hauptvertreter des gemischten Systems ist das deutsche HGB. Es unterstellt die Firmen zunächst analogen Vorschriften, wie sie das schweizerische und das französische Recht kennen⁹; der Grundsatz der Firmenwahrheit als solcher wird allerdings nicht ausgesprochen¹⁰. Somit müssen auch die deutschen Firmen wahr und klar sein; insbesondere müssen die Firmen der Einzelkaufleute und Personengesellschaften Namen unbeschränkt haftender Personen enthalten. Nun bestimmt aber § 22 HGB, dass der Uebernehmer eines Handelsgeschäftes die alte Firma ohne Rücksicht auf seinen Personennamen unverändert weiterführen darf, und § 24 HGB erlaubt den Personengesellschaften, nach einer Veränderung im Mitgliederbestand die alte Firma ohne Rücksicht auf deren Inhalt weiter zu gebrauchen; damit werden unwahre Firmen vom Gesetz zugelassen.

Das gemischte System war schon vor Erlass des AHGB bekannt, wie das Beispiel des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches (PGB) von 1855¹¹ zeigt. Dieses Gesetz legte in § 1258 der Kollektivgesellschaft die Pflicht auf, den Kern ihrer Firma aus Namen von Gesellschaftern zu bilden. § 1330 PGB sorgte dafür, dass die Firma der Kommanditgesellschaft keine Namen von Kommanditären enthielt. Die Aktiengesellschaft durfte nach § 1343 PGB keine Personennamen in ihrer Firma führen. Diese Regeln entsprechen also weitgehend denjenigen des C. com. und des OR. Hingegen bekannte sich § 1259 PGB zum Prinzip der Uebertragbarkeit der Firma; er bezog sich seinem Wortlaut und seiner Stellung im Gesetz nach allerdings nur auf den Tatbestand des Uebergangs eines Geschäftes von einer Kollektivgesellschaft an eine andere.

Auf die Beliebtheit des gemischten Systems weist die Tatsache hin,

⁹ a) HGB 18 ist OR 945 ähnlich.

b) HGB 19 entspricht genau OR 947 (exkl. Abs. 2) und sinngemäss C. com. 21, 23 und 25.

c) AktG 4 und GmbHG 4 laufen im wesentlichen OR 950 und 949 parallel. Dagegen darf im deutschen Recht die Firma der Genossenschaft keine Personennamen enthalten, GenG 3 II im Gegensatz zu OR 950 II; diese Regel des GenG übernimmt indessen den Gedanken von C. com. 29.

d) Betr. die verschiedene Behandlung der Firma der Kommanditaktiengesellschaft in den drei Rechtsordnungen vgl. Anm. 44 zu § 1 d. A.

¹⁰ Opet in ZHR 49, 57.

¹¹ Das vierte Buch (Forderungen und Schulden) wurde mit Gesetz vom 16. April 1855 auf den 1. Juli 1855 in Kraft gesetzt.

dass die jüngste Kodifikation von Handelsrecht, der italienische *nuovo co. civ.* von 1942, diese Lösung gewählt hat. Zahlreiche verstreute Einzelnormen sorgen dafür, dass die italienischen Firmen bei ihrer Neubildung wahr und klar sind; diese Regeln entsprechen im wesentlichen denjenigen des französischen, deutschen und schweizerischen Firmenrechts¹². In Art. 2565 *nuovo co. civ.* erfolgt der Einbruch in das Wahrheitssystem, indem das Gesetz dem Uebernehmer eines Unternehmens die Fortführung der alten Firma erlaubt. Im gleichen Sinne bestimmen Art. 2292 Abs. 2 und Art. 2314 Abs. 1 (am Ende) *nuovo co. civ.*, dass die Personengesellschaften bei Ausscheiden eines in der Firma genannten Gesellschafters ihre Firmen nicht abändern müssen.

Vor dem Erlass des *nuovo co. civ.* war die Frage der Uebertragbarkeit der Firma in Italien stark umstritten. Der *co. com.* enthielt weder ein Firmenrecht noch eine Regelung der Firma des Einzelkaufmanns¹³; er sorgte nur in verstreuten Einzelvorschriften dafür, dass die Kerne der Firmen von Personen- und Kapitalgesellschaften der Wahrheit entsprachen¹⁴, ähnlich wie der französische *C. com.*¹⁵. Die Lehre verlangte einerseits auch vom Einzelkaufmann, dass er eine wahre und klare Firma bilde¹⁶. Andererseits trat die Mehrheit der Autoren für die Befugnis des Geschäftsnachfolgers zum Gebrauch der alten Firma ein¹⁷; manche Autoren beschränkten allerdings diese Befugnis auf den Fall der Nachfolge in das Unternehmen von Todes wegen¹⁸. In bezug auf die Frage, ob die Firma einer Personengesellschaft nach dem Ausscheiden eines in ihr genannten Mitgliedes weitergeführt werden dürfe, gingen die Meinungen ebenfalls auseinander¹⁹. Angesichts solcher Unsicherheit

¹² Vgl. zu den entsprechenden lit. von Anm. 9 hievor:

a) *nuovo co. civ.* 2563 II.

b) *nuovo co. civ.* 2292 I und 2314 I.

c) *nuovo co. civ.* 2326, 2473 und 2515 I.

d) *nuovo co. civ.* 2463.

Nach De Gregorio 86 unterstellt die Rechtslehre die italienische Firma einem allgemeinen Wahrheitsprinzip.

¹³ Vidari I n. 343, Gaetano n. 14, Ferrara n. 62.

¹⁴ *co. com.* 77, 105 und 114.

¹⁵ § 7 I d. A.

¹⁶ Vidari I n. 346, Vivante I n. 142 und 145, Gaetano n. 7—9 und 14.

¹⁷ Vidari I n. 363 ff., Vivante I n. 146 f., Gaetano n. 18 ff.; vgl. ferner die Hinweise auf die frühere Lehre bei Valeri I n. 55 und Graziani in Riv. 43 I 178 f.

¹⁸ Der bedeutendste unter ihnen ist Vivante I n. 147; weitere führt Gaetano n. 18 ff. an.

¹⁹ Bejahend Vivante II S. 116 Anm. 4 (für den Fall des Ausscheidens von Todes wegen), verneinend Vidari I n. 353 und Gaetano n. 15.

wurde die klare Lösung des neuen Gesetzes freudig begrüßt²⁰. Weil der *nuovo co. civ.* jedoch keine Definition der Firma gibt, stehen die alten Probleme teilweise auch heute noch zur Diskussion²¹.

Alle diese Gesetze führen bei genauer Betrachtung den Grundgedanken des gemischten Systems nicht bis in die letzte Konsequenz folgerichtig durch. Sie erfassen mit ihren Ausnahmebestimmungen nur den wichtigsten Fall des nachträglichen Unrichtigwerdens einer Firma, denjenigen des Inhaberwechsels im Unternehmen. Wo diese gesetzliche Ausnahme nicht zutrifft, da muss die unwahr gewordene Firma abgeändert werden²². Beispiele: Ein Unternehmer ändert die in der Firma angegebene Geschäftstätigkeit. Er verlegt die Hauptniederlassung an einen Ort, der von dem in der Firma angeführten verschieden ist. In allen diesen Fällen zwingen die bisherigen Verwirklichungen des gemischten Systems entgegen dessen Grundidee den Unternehmer zu einer Aenderung seiner Firma.

III. Zusammenhänge

Am Ende eines jeden der beiden vorangehenden Paragraphen wurde versucht, Zusammenhänge aufzudecken. Dabei hat sich gezeigt, dass die Auffassung der Firma als Unternehmensbezeichnung zum Postulat der Uebertragbarkeit der Firma führt und damit der Firmenfreiheit nahe steht, während sich zwischen dem Grundsatz der Firmenwahrheit und der These, die Firma sei Unternehmensname, als Regel ein gegenseitiges Zuordnungsverhältnis feststellen lässt. Wenn diese Untersuchungsergebnisse richtig sind, so muss sich die Literatur zum gemischten System in

²⁰ De Gregorio 85.

²¹ Graziani in Riv. 43 I 179. — Beispiel: Valeri behauptet, dass sich das neue gesetzliche Firmenrecht nur auf die «ditta oggettiva» (vgl. § 1 II d. A.) beziehe (I n. 55 und II n. 223); somit werde die «ditta soggettiva» weiter von den Normen des Gewohnheitsrechtes beherrscht, welche nach seiner Auffassung nur die Uebertragung der Firma von Todes wegen zulassen (I n. 55); die praktische Konsequenz dieser Ansicht ist die, dass eine unter Lebenden übertragene Firma nicht zur Unterschrift genügt (II n. 225). De Gregorio dagegen will die Art. 2563 ff. *nuovo co. civ.* auf beide Arten der «ditta» anwenden und kommt folgerichtig zum Schluss, dass die abgeleitete Firma in jedem Fall genügende Unterschrift sei (S. 83 und 84).

²² Pisko 308, Wieland I 195 und Düringer Anm. 14 zu HGB 22. Ferrara n. 70 behauptet, dass die Firma bei Wechsel der in ihrem Inhalt mitgeteilten Geschäftstätigkeit nicht abgeändert werden müsse; er kann diese Ansicht aber nicht belegen.

zwei Lager spalten. Das ist in der Tat der Fall: Jene Autoren, welche die Firma als Unternehmensname betrachten, treten dafür ein, dass die Firma stets wahr sein soll; sie bezeichnen die erwähnte Erlaubnis an den Geschäftsnachfolger als eine Konzession an die Forderungen der Kaufleute oder empfinden sie als ungerechtfertigt²³. Andere Verfasser, welche von der Auffassung der Firma als Unternehmenskennzeichen ausgehen, betrachten ihrerseits die Regeln über die Wahrheitspflicht der neuen Firmen als systemwidrig und versuchen sie auf Forderungen der Praxis zurückzuführen; die sogenannte Ausnahmebestimmung erscheint ihnen als natürliche Regel, welche sich aus dem Wesen der Firma ergeben muss²⁴. Beide Arten der Betrachtung lassen den systematischen Widerspruch, den das gemischte Firmenrechtssystem enthält, deutlich in Erscheinung treten.

²³ Haab 37 in Verb. mit 27 und 61, Erlanger 51 in Verb. mit 55 f., Vivante I n. 140 in Verb. mit n. 146, Ferrara n. 62, Valeri I n. 55 in Verb. mit 106 (dieser Verfasser nur in bezug auf die Firmen der Personen- und Kapitalgesellschaften), Staub Anm. 5 zu HGB 17 in Verb. mit Einleitung zu HGB 22.

²⁴ Locher 102 in Verb. mit 114 f., Grünbaum 26 f. in Verb. mit 45—47, De Gregorio 80 in Verb. mit 81 f., Valeri II n. 223 (hier allgemein in bezug auf «ditta (oggettiva)», vgl. Anm. 23 hievor), ferner der bei Ferrara n. 64 auszugsweise wiedergegebene Bericht der Commissione Ministeriale zum Entwurf eines Codice di Commercio von 1940.

4. KAPITEL: PRAKTISCHE LÖSUNG

1. Abt.: Die Erhaltung des Goodwill

§ 10. Die Erhaltung des Goodwill in der Firma selbst

I. Der Einfluss des gewählten Systems

Die kleinste Aenderung in der Firma stört das Verhältnis der durch die Firma verbundenen Tauschpartner¹. Der Goodwill kann nur dann voll erhalten werden, wenn die Firma trotz tatsächlicher Umwandlungen nicht geändert werden muss. Das ist nur beim System der Firmenfreiheit grundsätzlich in jedem Falle möglich². Diese freiheitlichen Ideen erfahren in der Praxis allerdings dadurch eine Abschwächung, dass das Ausschliesslichkeitsprinzip oder ausserfirmenrechtliche Institute den Unternehmer zu einer Anpassung zwingen können³.

Das gemischte System in seiner heutigen Form gestattet die unveränderte Fortführung der Firma wenigstens im wichtigsten Fall, nämlich beim Wechsel im Personenbestand des Unternehmens. Italien nach 1942 und Deutschland gewähren die volle Uebertragbarkeit der Firma⁴. Neben dieser gesetzlichen Ausnahme gilt auch hier das Wahrheitsprinzip. Alle Firmenbestandteile ausser den Personennamen müssen veränderten Verhältnissen angepasst werden⁵.

Das System der reinen Firmenwahrheit scheint jede Erhaltung von Goodwill in der Firma zu verunmöglichen, indem jede Strukturänderung des Unternehmens zu einer Anpassung der Firma führen muss⁶. Genau genommen muss die Firma nur dann abgeändert werden, wenn die betreffende Tatsache in ihrem Inhalt erscheint oder nun erscheinen muss. Das Prinzip der Firmenklarheit sorgt aber dafür, dass alle wesentlichen Aenderungen zur Anpassung der Firma führen⁷. Die Praxis in Frank-

¹ § 5 III d. A.

² § 8 II und IV d. A.

³ § 8 III d. A.

⁴ § 9 II d. A.

⁵ Wieland I 195, Pisko 308 und Düringer Anm. 14 zu HGB 22.

⁶ § 7 IV und V d. A.

⁷ § 12 II d. A.

reich und in der Schweiz hat indessen Mittel und Wege gefunden, wie ohne Verletzung des Wahrheitsgrundsatzes ein Maximum an Goodwill erhalten werden kann (Ziffer II hienach). Zudem hat sich der schweizerische Gesetzgeber dazu veranlasst gesehen, die Härten dieses Systems durch Gewährung von Abweichungen in besonderen Fällen zu mildern (Ziff. III). Alle diese Möglichkeiten beziehen sich auf den praktisch bedeutsamsten Fall, d. h. denjenigen, in dem Personennamen in Firmen von Einzelkaufleuten oder Personengesellschaften der Wahrheit nicht mehr entsprechen. Vom Standpunkt des Unternehmers aus betrachtet handelt es sich um das Problem der Uebertragbarkeit der Firma.

In England ist die Firma selbstverständlich frei übertragbar⁸. Diese Lösung entspricht auch dem Gedankengut, das dem englischen Namensrecht zugrunde liegt: Der Engländer kann jederzeit formlos⁹ seinen Familiennamen^{9a} ändern¹⁰. Unter Berücksichtigung dieser Regel wäre eine Beschränkung der Uebertragbarkeit in England praktisch unwirksam.

II. Die Erhaltung von Goodwill ohne Verstoss gegen die firmenrechtlichen Regeln

A.

Ohne Verstoss gegen die Firmenwahrheit kann der Goodwill zunächst dadurch erhalten werden, dass der neue Inhaber in Zusätzen auf das Nachfolgeverhältnis hinweist: «A. Müller & Co., vormals W. Keller» oder «A. Müller & Co., Nachfolger von W. Keller» oder «A. Müller & Co., W. Keller's Nachfolger»^{10a}. Durch diese Ankündigung soll der Tauschpartner darauf aufmerksam gemacht werden, dass das Unterneh-

⁸ Moulton 621, Byrne 426, Lindley 530 f.; vgl. § 8 II d. A., insb. Anm. 16—19.

⁹ Die Errichtung einer Urkunde (deed poll) ist allerdings üblich, vgl. die in Anm. 10 hiernach angeführten Quellen.

^{9a} Der Vorname (Christian name) dagegen untersteht den Regeln des Kirchenrechts und ist grundsätzlich unabänderlich; R. v. John Smith (1866) 176 E. R. 923, Re Parrott, Cox v. Parrott (1946) Ch. 185 f.

¹⁰ Wollaston 555 ff., Moulton 634 Anm. i, Byrne 857; Barlow v. Bateman (1730) 24 E. R. 971, Davies v. Lowndes (1835) 131 E. R. 1255, R. v. John Smith (1866) 176 E. R. 923, Earl Cowley v. Countess Cowley (1901) A. C. 460 (Lindley), Re Parrott, Cox v. Parrott (1946) Ch. 185; vgl. in diesem Zusammenhang Registration of Business Names Act 1916 s. 1 c. Ein Beispiel aus der jüngsten Praxis ist in 208 L. T. nr. 5553 pg. II zu finden.

^{10a} Betr. die Firma «W. Keller, Nachfolger A. Müller & Co.» vgl. Ziff. III lit. C hiernach.

men des bekannten Vorgängers vollständig übernommen worden ist. Er soll sich überlegen, dass der Nachfolger damit die gleichen Mittel hat, seine Bedürfnisse zu befriedigen, und deshalb soll er seine Tauschbeziehungen fortsetzen.

Solche Zusätze sind in beliebiger Form möglich, sofern sie weder unwahr noch täuschend sind; das ergibt sich aus der allgemeinen Regel des Art. 944 OR¹¹. Nach schweizerischem Recht sind die Zusätze ein Teil der Firma¹²; bedient sich eine Kapitalgesellschaft eines der angedeuteten Zusätze, so enthält ihre Firma einen Personennamen und muss gemäss Art. 950 Abs. 2 OR die Rechtsform angeben¹³.

B.

Während die erstgenannte Möglichkeit an die Vernunft des Tauschpartners appelliert, versuchen die folgenden, auch den gefühlsbedingten Teil des Goodwill zu erhalten. Die neue Firma oder Teile derselben sollen derart eng an die alte anklingen, dass im Gefühl des Adressaten das gleiche Vertrauen wie vor dem Uebergang des Unternehmens erweckt wird. Die eleganteste Lösung bietet die französische Sprache, allerdings nur für den Fall, dass der Nachfolger mit seinem Vorgänger verwandt ist und dessen Familiennamen trägt. Beispiel: Der Sohn Emanuel La Roche betreibt das Unternehmen seines Vaters Bénédic unter der Firma «Emanuel de Bénédic La Roche» oder (noch wirksamer) «E. de Bénédic La Roche»¹⁴. Eine Uebertragung dieser Möglichkeit in die deutsche Sprache, etwa Firmenbildungen wie «Albert des Fritz Müller» oder «Fritz Müller's Albert», hat sich in der Praxis nicht abgezeichnet¹⁵.

Auch diese Firmen bewegen sich im Rahmen der Firmenwahrheit, wie sie in Art. 945 und 944 OR verlangt wird¹⁶. Der Familienname des Firmenträgers bildet den Kern. Sein Vorname ist fakultativer Zusatz und darf an beliebiger Stelle in der Firma stehen; er darf auch ab-

¹¹ His N. 41 zu OR 944, N. 17 zu OR 953.

¹² OR 944 I; so schon ausdrücklich Art. 3 der rev. Erg. Vo II und Art. 928 II des E II; vgl. B II 131.

¹³ So sagte schon das JPD unter der Herrschaft des Art. 10 III der rev. Erg. Vo II; Stampa Nr. 164, Burckhardt Nr. 1552 II; Beispiel: BGE 51 II 501.

¹⁴ Siegmund in ZSR 16, 719, Hartmann 222, His N. 44 zu OR 944, Lemp 94.

¹⁵ Mündliche Auskunft von Steiger und Gahler.

¹⁶ Siegmund in ZSR 16, 719 und in Anm. 2 zu altOR 867, His N. 44 zu OR 944, N. 7 und 16 zu OR 945.

gekürzt werden¹⁷. Eine Verwandtschaftsangabe ist in beliebiger Form zulässig und darf auch vor dem Firmenkern stehen¹⁸.

C.

Eine weitere Möglichkeit, bei solchen Fällen der Nachfolge den Goodwill zu erhalten, besteht darin, dass die Person des neuen Inhabers dadurch umschrieben wird, dass man dem Namen des Vorgängers einen das private Verhältnis andeutenden Zusatz beifügt¹⁹. Die Formulierung in unseren Beispielen lautet dann «Le fils de Bénédicte La Roche» und «Fritz Müller's Sohn» oder «Fritz Müller's Erbe». Diese Art der Firmen wurde früher von einer formellen Auffassung bekämpft, indem Vor- und Familienname als eine Einheit aufgefasst wurden, womit gesetzwidrige Verwendung eines fremden Namens in der Firma vorlag²⁰. Das JPD entschied in seinem Bericht von 1898 die Streitfrage, indem es sich für die Zulassung solcher Firmenbildungen aussprach²¹.

Diese halten sich in der Tat an die Regeln des Firmenrechts. Der Kern besteht aus dem Familiennamen des Firmenträgers, wie Art. 945 OR vorschreibt. Ein eigener Vorname muss nach schweizerischem Recht nicht in der Firma enthalten sein²². Zusätze zur näheren Bezeichnung des Unternehmers sind an beliebiger Stelle in der Firma gestattet, sofern sie wahr sind²³.

Aus den gleichen Erwägungen sind Firmen von Kollektivgesellschaften wie «Fritz Müller's Erben», «Werner Keller's Söhne» oder «Les fils de Peugeot frères»²⁴ korrekt gebildet, sofern einer der Gesellschafter diesen Familiennamen trägt und das angegebene Verwandtschaftsverhältnis der Wahrheit entspricht²⁵. Solche Firmen genügen den Anforderungen von Art. 947 und 944 je Abs. 1 OR.

¹⁷ Mit Ausnahme des Falles, dass eine Ehefrau sich einer solchen Firma bedient, OR 945 II.

¹⁸ Die Bestimmung von Art. 7 der rev. Erg. Vo II und von Art. 928 III des E II, dass der Kern einer Personenfirma vor den Zusätzen stehen müsse, wurde nicht in das OR aufgenommen; StenBull 1935, StR 269 und NR 388.

¹⁹ Hartmann 214, von Steiger 30 f., His N. 11 zu OR 945, Lemp 94.

²⁰ Siegmund in ZSR 14, 337 ff. und 16, 563 ff., Locher 32 ff.

²¹ BBl 1899 I 369 oder von Salis Nr. 1642.

²² OR 945 I im Gegensatz zu HGB 18 I.

²³ OR 944; vgl. Anm. 18 dieses §.

²⁴ Fouillet 210 f. empfiehlt solche Firmenbildungen als willkommene Möglichkeit, ohne Verletzung des C. com. den Goodwill zu erhalten.

²⁵ BBl 1899 I 370.

Für Kommanditgesellschaften kommt diese Art der Firma nur dann in Frage, wenn keiner der mit dem Namensträger in der angegebenen Weise verwandten Gesellschafter beschränkt haftet. Diese Voraussetzung ergibt sich aus einer sinngemässen Anwendung von Art. 947 Abs. 4 OR: Diese Norm will verhindern, dass bei den Tauschpartnern die irrige Vorstellung erweckt wird, ein Kommanditär hafte unbeschränkt. Dieser Irrtum kann auch durch konkludente Bezeichnung desselben in der Firma erzeugt werden. Wenn das Gesetz von «Namen» spricht, so wird damit der Regelfall geschildert, ohne die Tragweite der Norm begrenzen zu wollen²⁶. Es sind also stets fremde Personen als Kommanditäre beteiligt. Die Firma muss durch einen unpersönlichen Zusatz wie «& Co.» ergänzt werden²⁷, damit der Adressat auf die Kommanditäre aufmerksam gemacht wird. Dieses zweite Erfordernis kann aus Art. 944 OR abgeleitet werden: Die Kommanditäre haben kraft Gesetz einen mittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung²⁸ und ein Mitwirkungsrecht bei allen aussergewöhnlichen Geschäften²⁹; darüber hinaus kann ihnen durch Gesellschaftsvertrag die volle Befugnis zur Geschäftsführung eingeräumt werden³⁰. Der Dritte wird sich unter Umständen anders verhalten, wenn er weiss, dass Heinz Funke einen derartigen Einfluss auf die Geschäfte der Gesellschaft «Werner Keller's Söhne» ausübt. Aus einer solchen Firma zieht er aber nach allgemeiner Erfahrung den Schluss, dass mit den durch den Firmenwortlaut bezeichneten Personen (i. c. den Söhnen des Werner Keller) der Kreis der Gesellschafter erschöpft sei. Eine derartige Firma erzeugt also eine eindeutige Täuschungsgefahr und verstösst damit gegen den Sinn des Wahrheitsgebotes, wie er in Art. 944 OR deutlich zum Ausdruck kommt. Hingegen fliesst diese Vorschrift nicht aus dem Grundsatz der Klarheit von Art. 947 Abs. 3 OR; die Firma enthält den Familiennamen eines Komplementärs, und der Zusatz «Söhne» oder «Erben» genügt, um das Gesellschaftsverhältnis anzudeuten³¹.

²⁶ BGE 71 I 272 f.; Siegmund Hdb 263, Siegmund N. 4 zu altOR 871. Das JPD im BBl 899 I 370 und von Steiger 38 f. und His N. 29 zu OR 947 tragen dieser Auswirkung des Art. 947 IV OR bzw. 871 des OR von 1881 keine Rechnung.

²⁷ DE in BBl 1885 II 282, Siegmund Hdb 263, Hartmann 216 f., von Steiger 38 f., His N. 29 zu OR 947, W. Hartmann N. 37 zu OR 594, Guhl (4. A. 1948) 619. Die gegenteilige Stellungnahme des JPD in BBl 1899 I 370 wurde von Siegmund N. 1 und 3 zu altOR 870 abgelehnt und durch Art. 9 der rev. Erg. Vo II eindeutig widerlegt.

²⁸ W. Hartmann N. 3 zu OR 599, N. 2 zu OR 600.

²⁹ W. Hartmann N. 3 zu OR 600.

³⁰ W. Hartmann N. 5 zu OR 600.

³¹ His N. 27 in Verb. mit N. 10 zu OR 947.

D.

Bei Uebernahme des Unternehmens eines Einzelkaufmanns oder einer Personengesellschaft durch eine Kapitalgesellschaft wird oft ein in der alten Firma enthaltener Personenname als Kern der neuen verwendet. Beispiele aus der Praxis: «Société anonyme de la fabrique d'horlogerie J.-J. Badollet, à Genève», «Sanitätsgeschäft M. Schärer A.-G.», «F. C. Bally A.-G.»^{31a}. Dieser Brauch verstösst dann nicht gegen das Wahrheitsprinzip, wenn sich die Rechtsgenossen der Bedeutung der in der Firma verkündeten Rechtsform bewusst sind und demgemäss von der Existenz von Personennamen in der Firma einer Kapitalgesellschaft nur auf eine tatsächliche Beziehung dieser Person zur Körperschaft, nicht aber auf eine unbeschränkte persönliche Haftbarkeit des Genannten, schliessen. Heute darf wohl allgemein soviel Aufgeschlossenheit vorausgesetzt werden. Somit steht die Grundregel des Art. 944 OR diesem Brauche nicht entgegen³².

Vor 1936 verstiesse jedoch die meisten dieser Firmen gegen die Spezialbestimmung des Art. 873 altOR in Verbindung mit Art. 10 der rev. Erg. Vo II. Der Art. 873 altOR verbot jeden Namen einer bestimmten lebenden Person in der Firma einer Kapitalgesellschaft, wurde aber durch die Praxis umgangen³³. Art. 10 Abs. 1 der rev. Erg. Vo II legte diese gesetzwidrige Praxis in der Weise fest, dass Personennamen nur dann gestattet seien, wenn die bisherige Firma eines von der Kapitalgesellschaft übernommenen Unternehmens unverändert in die Firma aufgenommen werde³⁴. Diese beiden Normen überlebten die Revision nicht³⁵. Art. 950 OR verweist nur noch auf Art. 944 OR, was gar nicht nötig wäre³⁶. In seinem zweiten Alinea sorgt er dafür, dass solche Firmen stets klar als Bezeichnung einer Kapitalgesellschaft erkannt werden. Art. 949 OR stellt die Firma der GmbH. in dieser Hinsicht den Firmen

^{31a} BGE 32 II 389, BGE 38 II 176, ExpKom 714.

³² von Steiger 41 und 44, Jost Hartmann 57 (im Gegensatz zu 59!) und His N. 61 zu OR 944 erblicken in derartigen Firmen schlechthin einen Widerspruch zum Wahrheitsprinzip. Diese Auffassung ist darauf zurückzuführen, dass diese Verfasser einerseits den Wahrheitsgrundsatz nicht von den Normen der Firmenklarheit in ihrer hergebrachten Form befreien und anderseits die Einwirkung der Verkehrsauffassung auf den Sinn des Firmeninhaltes nicht genügend berücksichtigen.

³³ Gmür und andere Berner Professoren sollen sogar von derogierendem Gewohnheitsrecht gesprochen haben, vgl. NZZ 1935 Nr. 822; entsprechend Tuor 33.

³⁴ A. Wieland in ExpKom 714 f., Burckhardt Nr. 1552 I.

³⁵ Scherer in StenBull 1934 NR 789.

³⁶ His N. 38 zu OR 944.

der Kapitalgesellschaften gleich³⁷. Diese beiden Artikel sind nicht etwa Ausnahmen vom Prinzip der Firmenwahrheit³⁸. Sie sind nähere Ausführungen dieses Grundsatzes, die seine Bedeutungswandlung im Gesetz verankern³⁹.

Die heutige Praxis nimmt mit Recht an, dass sich der Tauschpartner unter dieser tatsächlichen Beziehung nicht unbedingt eine gegenwärtige vorstellt⁴⁰. Diese Firmen machen also auch dann keine unwahre Aussage, wenn der Namensträger nicht Mitglied der neuen juristischen Person ist. Er erscheint auf alle Fälle als Gründer des von der neuen Gesellschaft betriebenen Unternehmens, womit die tatsächliche Beziehung gegeben ist.

Sobald jedoch die alte Firma als Ganzes zum Kern der neuen gemacht wird, überschreitet die neue Firma den Rahmen der Art. 949 und 950 OR; sie untersteht dann dem 2. Abs. von Art. 953 OR⁴¹. Solche Firmen sind allerdings in der Hinsicht sehr eng mit Art. 950 Abs. 2 OR verbunden, als sie dessen entwicklungsgeschichtliche Grundlage bilden⁴².

E.

Alle diese Fälle gehen davon aus, dass Personennamen in den Firmen von Einzelkaufleuten oder Personengesellschaften nachträglich unrichtig werden. Es handelt sich also stets um einen Wechsel im Bestande der Inhaber des Unternehmens. Vom Standpunkt des Unternehmers aus gesehen liegt eine Geschäftsübernahme vor. Art. 953 OR enthält die Regeln, an die sich die Firmenträger bei der Uebnahme eines Geschäftes

³⁷ Abweichende Regeln in der ausländischen Gesetzgebung: Die Firma der deutschen GmbH darf Personennamen nur enthalten, wenn die Namensträger Gesellschafter sind oder wenn eine Personenfirma gemäss HGB 22 übernommen wurde (GmbHG 4 I). Die deutsche Genossenschaft und die französische Société Anonyme dürfen in ihren Firmen keine Personennamen führen (GenG 3, C. com. 29); der letzteren steht es selbstverständlich frei, in einem Nachfolgezusatz auf die Firma ihrer Vorgängerin hinzuweisen, selbst wenn jene als Personengesellschaft eine «raison sociale» führte, Pic n. 696, de Lanzac n. 48 f. zu C. com. 29/30, vgl. auch lit. A hievor.

³⁸ His bezeichnet OR 950 II in N. 61 zu OR 944 als Ausnahme; von Steiger steht offenbar auf demselben Standpunkt, wenn er den Vorbehalt der allgemeinen Grundsätze in OR 950 II «unverständlich» findet (S. 43).

³⁹ Bundesrat in Botschaft 1928 S. 105, Aeby in StenBull 1934 NR 789.

⁴⁰ Gutachten von W. Burckhardt in Burckhardt Nr. 1552 I, Hartmann 218 und 229, von Steiger 41 und 44, His N. 8 zu OR 949, N. 10 und 19 zu OR 950, Wieser 135, nicht publ. Urteil des Bundesgerichts vom 10. Juli 1935 in AG 8, 41.

⁴¹ Pra 36, 201 = BGE 73 II 122 f.; sinngemäss His, indem er diese Beispiele unter N. 24 zu OR 953 II anführt; vgl. Z. III lit. C hienach.

⁴² His N. 2 und 3 zu OR 950; Art. 10 I der rev. Erg. Vo II; ExpKom 712.

halten müssen. Die hier unter Ziffer II behandelten Firmenbildungen unterstehen dem Abs. 1 des Art. 953 OR, da sie sich im Rahmen der Firmenwahrheit halten, wie sie von der Grundregel des Art. 944 OR und den Einzelbestimmungen von Art. 945, 947, 949 und 950 verlangt wird. Dieser Abs. 1 entspricht Art. 874 des altOR⁴³. Abs. 2 dagegen enthält eine der bei der Revision von 1936 eingefügten gesetzlichen Ausnahmen vom Wahrheitsprinzip; er ist deshalb auf die Fälle von Ziffer II nicht anwendbar, obschon auch hier die «bisherige Firma» oder wenigstens Teile derselben «weitergeführt» werden⁴⁴. Er kommt nur dann zum Zuge, wenn die alte Firma als Ganzes verwendet wird und den Kern der neuen bildet. Diese aus der Entstehungsgeschichte des OR abgeleitete Grenzziehung zwischen Abs. 1 und Abs. 2 deckt sich auch mit dem Wortlaut von Art. 953 OR⁴⁵.

F.

Die erwähnten Firmenbildungen sind nur dann zulässig, wenn das Unternehmen als solches auf den Träger der neuen Firma übergegangen ist⁴⁶. Diese Voraussetzung ergibt sich schon aus dem Wesen der Firma als Akzessorium des Unternehmens⁴⁷. Sie geht ferner aus Art. 944 OR hervor: Ein Nachfolgezusatz verletzt das Wahrheitsprinzip, wenn der Firmenträger nicht wirklicher Nachfolger des Genannten ist, d. h. wenn er nicht dessen Unternehmen übernommen hat. Diejenigen der angeführten Firmenbildungen, die nur gefühlsmässig oder konkludent auf fremde Personen anspielen, sind ohne Geschäftsübernahme dann täuschend, wenn damit zugleich an eine frühere Firma angeknüpft wird, d. h. wenn die betreffende Person überhaupt ein Unternehmen besessen hat. Wird für ein neu gegründetes Unternehmen die Firma «E. de Bénédicte La Roche» oder «Le fils de Bénédicte La Roche» verwendet, so wird niemand ge-

⁴³ Deshalb waren die Firmen gemäss lit. A—C schon unter Herrschaft des altOR zulässig: Siegmund Anm. 2 zu altOR 867 und Anm. 1 zu altOR 874. Die Firmen unter lit. D sind, wie dort erwähnt wurde, erst seit 1936 gestattet.

⁴⁴ In ZR 41, 83 wurde dagegen Art. 953 Abs. 2 OR auf die Firma «Jakob Ast, vormals Coppetti & Co.» angewendet, ebenso in SJZ 36, 351 auf die Firma «Mangold & Co. vormals Steiner & Co.».

⁴⁵ His legt seinem Kommentar, wenn auch nicht ausdrücklich, diese Auffassung zu Grunde: N. 2, 4, 15, 17, 18, 24—26 zu OR 953. Ebenso von Steiger 49/51.

⁴⁶ Siegmund Anm. 3 zu altOR 874, His N. 41 zu OR 944.

⁴⁷ Oppikofer 6 und 119 f., Locher 107, Wieland I 207, Schapira 20. His N. 5 zu OR 953.

täuscht, sofern der Vater B. La Roche nie im Geschäftsleben tätig gewesen ist.

Aus dem Wahrheitsgrundsatz des Art. 944 OR ergibt sich somit für die Bildung solcher Firmen die Voraussetzung des Ueberganges des Unternehmens auf den Träger der neuen Firma⁴⁸. Wesentlich erscheint also, dass das Unternehmen als solches erhalten bleibt⁴⁹, d. h. dass sein Charakter nicht verändert wird. Der Zweck muss der gleiche bleiben⁵⁰. Alle zu seiner Erreichung unentbehrlichen Bestandteile des Unternehmens müssen übergehen; welche Elemente dazu zu zählen sind, kann nur im konkreten Einzelfall bestimmt werden: die Fabrikanlage, ein Patent, die Kundenliste, der Lieferantennachweis, das Verkaufslokal oder eine Marke können wesentlich sein, müssen es aber nicht sein. Es ist also unzutreffend, wenn zum vorneherein gesagt wird, solche Firmenbildungen setzten die Uebernahme aller Aktiven und Passiven voraus⁵¹. Der Uebergang aller wesentlichen Elemente wird in der Regel zu einer Kontinuität des Geschäftsbetriebes führen⁵²; ein Nachfolgezusatz entspricht aber auch dann der Wahrheit, wenn der Uebernehmer einen Teil des Betriebes einstellt⁵³.

G.

Wird in der neuen Firma auf eine alte angespielt, so ist stets die Zustimmung der Träger der alten Firma nötig, weil dadurch deren Persönlichkeitsrechte berührt werden⁵⁴. Diese Zustimmung ist rechtmässig trotz der grundsätzlichen Unübertragbarkeit der persönlichen Güter⁵⁵. Sie darf aber nicht vermutet werden⁵⁶. Sie muss ausdrücklich erteilt worden sein⁵⁷ oder sich aus dem Verhalten der Berechtigten bzw. deren Erben oder aus dem Inhalt des Uebernahmevertrages zwingend schliessen

⁴⁸ Dagegen kann dieses Erfordernis nicht aus dem Wortlaut vom OR 953 I (und seinem Marginale) abgeleitet werden, wie Jost Hartmann 28 glaubt. Für denjenigen, der nicht «ein Geschäft übernimmt», trifft OR 953 gar nicht zu; er untersteht den übrigen firmenrechtlichen Normen.

⁴⁹ Wieland I 207, von Steiger 54, His N. 8 zu OR 953; ZR 41, 83.

⁵⁰ His N. 8 zu OR 953.

⁵¹ Diese Behauptung stellen Julius Hartmann 230 und Jost Hartmann 27/28 auf.

⁵² Diese wird von Wieland I 207 und His N. 8 zu OR 953 als wesentlich betrachtet.

⁵³ § 12 II d. A.

⁵⁴ Egger N. 32 zu ZGB 28, His N. 41 zu OR 944; ZR 41, 83.

⁵⁵ Egger N. 34 zu ZGB 27, N. 50 zu ZGB 28, N. 24 zu ZGB 29; BGE 52 II 281.

⁵⁶ von Steiger JK Karte 132 Sektion IX S. 3; ZR 6, 10, Obergericht Zürich in SJZ 36, 351. Unzutreffende Ansicht bei Jost Hartmann 62; siehe Anm. 58 hienach.

⁵⁷ Wie in BBl 1909 II 135, BGE 32 II 389, 38 II 178, 52 II 276.

lassen⁵⁸. Ist sie dergestalt erfolgt, so erlangt der neue Inhaber ein eigenes Recht auf Führung des fremden Namens⁵⁹. Der Umfang dieses Rechtes richtet sich nach dem Willen des ursprünglich Berechtigten; die Befugnis des neuen Inhabers, dieses Recht weiterzugeben, darf jedoch vermutet werden⁶⁰.

III. Die vier gesetzlichen Ausnahmen von den firmenrechtlichen Regeln

Die schweizerische Firma wird von den beiden Grundregeln der Wahrheit und der Ausschliesslichkeit beherrscht; dazu treten einige aus der Idee der Firmenklarheit fliessende Vorschriften⁶¹. Da alle diese Regeln sowohl Bildungs- als auch Führungsvorschriften sind, muss jede gegen sie nachträglich verstossende Firma abgeändert werden⁶². Das OR gestattet jedoch ausdrücklich die Beibehaltung der unrichtig gewordenen Firma in vier Fällen: Art. 947 Abs. 2, Art. 948 Abs. 2, Art. 953 Abs. 2 und Art. 954.

Diese vier gesetzlichen Ausnahmen fanden erst kurz vor Abschluss der Parlamentsberatungen Aufnahme in das revidierte OR. Die Räte waren sich einig, dass am System der strengen Firmenwahrheit festgehalten werden solle, und hatten schon die Differenzen in bezug auf die firmenrechtlichen Artikel bereinigt. Da gelangte am 2. April 1935 das JPD auf Antrag des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister mit einer Eingabe an die Kommissionen der beiden Räte, um in jenen Fällen eine Milderung zu erlangen, in denen sich unser System in der Praxis als unnötig hart erwiesen hatte. Nach anfänglichem Widerstand der Kommission des Nationalrates einigten sich die beiden Kommissionen, ihren Kammern Zurückkommen zu beantragen. Das Parlament nahm dann sehr rasch die vier gesetzlichen Ausnahmen in das OR auf⁶³.

⁵⁸ Letztere Voraussetzungen waren in BGE 24 II 252 erfüllt. Die Ansicht von Jost Hartmann 62, der sich auf diesen Entscheid und auf eine nicht vorhandene Nummer bei Rossel stützt, ist deshalb unhaltbar. Die in dieser Arbeit vertretene Auffassung wird überdies durch die heutige Praxis der schweizerischen Handelsregisterbehörden gedeckt, mündliche Auskunft von Steiger und Gahler; vgl. auch von Steiger 50.

⁵⁹ Egger N. 24 zu ZGB 29 a. E.; BGE 38 II 178.

⁶⁰ BGE 32 II 398, 38 II 178, 52 II 281; ZR 32, 197; SJZ 24, 312; Wieland I 211, Egger N. 24 zu ZGB 29.

⁶¹ § 7 II und III d. A.

⁶² § 7 IV und § 12 II/III d. A.

⁶³ StenBull 1935 StR 129 f. (Ankündigung und Motivierung der Eingabe), NR 209 (Ablehnung der Vorschläge des JPD), StR 268 ff. (Zurückkommen und Annahme), NR 388/91 (Annahme).

A.

Art. 947 Abs. 2 OR gestattet einer Kollektivgesellschaft, bei Aufnahme weiterer Mitglieder ihre Firma unverändert beizubehalten⁶⁴. Wenn eine solche Firma alle Gesellschafter namentlich oder dem Sinne nach eindeutig bezeichnet, wird also nach einem Eintritt eine unrichtig gewordene Firma vom Gesetz geduldet. Beispiel: Die Firma «Albert und Frieda Stünzi» oder «Karl Stünzi's Erben» oder «Geschwister Stünzi» muss trotz Eintritt von Hans Imboden nicht abgeändert werden.

Dagegen können Firmen von Personengesellschaften, die mit dem Zusatz «& Co.» bzw. «& Cie.» gebildet sind, zufolge weiterer Eintritte nie unrichtig werden, da dieser Zusatz die Zahl der durch ihn ausgedrückten Mitglieder offen lässt⁶⁵. Solche Firmen bedürfen somit der gesetzlichen Ausnahme von Art. 947 Abs. 2 OR nicht. Das erklärt auch, wieso der erwähnte Absatz die Kommanditgesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften nicht erwähnt⁶⁶; die Firmen dieser Gesellschaften müssen stets einen unpersönlichen Zusatz wie «& Co.» enthalten, da die beschränkt haftenden Gesellschafter in der Firma zum Ausdruck kommen müssen, ohne dass sie mit Namen oder konkludent bezeichnet werden dürfen⁶⁷.

Man kann sich fragen, ob Abs. 2 überhaupt nötig sei⁶⁸, und ob nicht die von ihm erlaubten Firmen schon bei der Neubildung zulässig seien. In unserem Beispiel heisst diese Frage: «Dürfen Hans Imboden, Albert Stünzi und Frieda Stünzi ihrer neu gegründeten Kollektivgesellschaft die Firma ‚Albert und Frieda Stünzi‘ bzw. ‚Geschwister Stünzi‘ geben?»⁶⁹. Solche Firmen lassen sich in der Tat gegenüber Abs. 1 von Art. 947 OR durchaus vertreten. Sein Wortlaut deckt diese Firmen, welche beide einen

⁶⁴ Die Verfasser der beiden Entwürfe zur Revision des OR hielten diese Praxis auch ohne gesetzliche Ausnahme für zulässig: Huber in einem Gutachten von 1898 und in B I 216, Hoffmann in ExpKom 692, 703 und 709.

⁶⁵ Huber in B I 216, Siegmund Anm. 6 zu altOR 869 und Anm. 2 zu altOR 870.

⁶⁶ Die von His N. 19 und 34 zu OR 947 und von Wieser 134 befürwortete sinn-gemässe Anwendung von OR 947 II auf die Kommanditgesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft ist gegenstandslos.

⁶⁷ Dieses Erfordernis fliesst aus OR 944 I und OR 947 IV; vgl. § 10 II hievor unter lit. C am Ende.

⁶⁸ Vgl. Anm. 65 hievor.

⁶⁹ Diese Frage wird verneint von den beiden in Stampa Nr. 144 und Burckhardt Nr. 1551 III angeführten DE aus dem Jahre 1923, ferner vom Vorsteher des Eidg. Amtes für das Handelsregister in ExpKom 703. Sie wird bejaht in den bei Siegmund Anm. 5 zu altOR 869 angeführten «Spezialfällen», ferner in BGE 60 I 54 und 62 I 111 (diese Entscheide erklären sich als Vorläufer von OR 948 II, vgl. lit. B hienach).

Gesellschafter mit Familiennamen nennen und das Gesellschaftsverhältnis andeuten. Seinem Zweck ist ebenfalls Genüge getan, indem nicht der Anschein erweckt wird, es handle sich um die Firma eines Einzelkaufmanns⁷⁰. Dagegen verstossen diese Firmen gegen den Sinn des Wahrheitsgebotes, wie er im Wortlaut des Art. 944 OR klar zum Ausdruck kommt⁷¹: Unter Vorbehalt abweichender Vereinbarung steht jedem Gesellschafter die volle Befugnis zur Geschäftsführung⁷² und unter Vorbehalt eines abweichenden Handelsregistereintrages die volle Vertretungsmacht⁷³ zu. Der Dritte würde sich vielleicht anders verhalten, wenn er wüsste, dass Hans Imboden einen derartigen Einfluss auf die Geschäfte der Kollektivgesellschaft hat. Die Firma muss ihn deshalb warnen, damit er sich erkundigt. Dies kann nur dadurch geschehen, dass den obigen Firmen der Name des Hans Imboden oder ein unpersönlicher Zusatz wie «& Cie.» beigefügt wird. Andernfalls erwecken diese Firmen den Schein eines abgeschlossenen Kreises von Mitgliedern, auf den der Tauschpartner mit Recht vertrauen kann. Ergebnis: Die genannten Firmen sind bei der Neugründung gesetzwidrig. Das geht auch klar aus den Revisionsverhandlungen hervor, in denen der Antrag des JPD, solche Neubildungen zu gestatten, abgelehnt wurde⁷⁴.

Abs. 2 von Art. 947 OR ist damit eine Ausnahme in bezug auf die allgemeine Regel von Art. 944 OR⁷⁵. Hier wurde also die besondere Interessenlage beim nachträglichen Unrichtigwerden berücksichtigt; der Gesetzgeber hielt das Interesse des Firmenträgers an der Erhaltung des Goodwill für schutzwürdiger als dasjenige des Verkehrs an der Vermeidung von Täuschungen⁷⁶.

B.

Umschreibt eine Firma die Person eines Gesellschafters ausdrücklich oder konkludent, so muss sie bei dessen Austritt geändert werden. Diese aus dem allgemeinen Grundsatz von Art. 944 OR und aus der Vorschrift

⁷⁰ BGE 60 I 54 und Hoffmann in ExpKom 709 in bezug auf den gleichlautenden Art. 869 altOR bzw. Art. 931 I des E II.

⁷¹ Rothpletz und Hoffmann in ExpKom 703/4 mit Bezug auf den Wortlaut von Art. 1 der rev. Erg. Vo II.

⁷² W. Hartmann N. 14 zu OR 557.

⁷³ OR 563.

⁷⁴ StenBull 1935 StR 269 und NR 389.

⁷⁵ Keller in StenBull 1935 StR 269 und His N. 16 zu OR 947.

⁷⁶ Vgl. den Vorschlag de lege ferenda in § 16 II D d. A.

von Art. 947 Abs. 4 OR⁷⁷ fliessende Regel wird in Art. 948 Abs. 1 OR noch besonders ausgesprochen. Abs. 2 des Art. 948 OR gewährt jedoch den Familiengesellschaften folgende Ausnahme: Die Firma darf beibehalten werden, trotzdem eine oder mehrere durch eine verwandtschaftliche Beziehung konkludent in ihr bezeichnete Personen aus der Gesellschaft austreten, sofern drei Voraussetzungen erfüllt sind: a) Ein Träger des in der Firma enthaltenen Familiennamens muss als unbeschränkt haftendes Mitglied bleiben. b) Ein anderer unbeschränkt haftender Gesellschafter muss mit diesem verwandt oder verschwägert sein⁷⁸. c) Der Handelsregisterführer muss die Weiterführung der unveränderten Firma zugelassen haben⁷⁹.

Art. 948 Abs. 2 OR gibt der schon vor der Revision geübten Praxis eine Verankerung im Gesetz. Durch eine weite Auffassung verwandtschaftlicher Begriffe wurden in drei Fällen Firmen von Familiengesellschaften, die nachträglich unrichtig geworden waren, als zulässig erklärt: a) «Merz Söhne» für eine Kollektivgesellschaft, die seit 1893 aus Reinhold Merz und dessen Onkel Heinrich Merz, von 1898 an aus Reinhold Merz und dessen Vetter Arthur Merz und seit 1925 aus dem Sohn des Reinhold und dessen Grossonkel Arthur Merz zusammengesetzt war⁸⁰. b) «Gebrüder Bürgi» für eine Kollektivgesellschaft, die Stephan Bürgi mit seinen beiden Neffen Oskar und Pius Bürgi weiterführte⁸¹. c) «Levy fils» für eine Kollektivgesellschaft, die zwei Vettern, Marcel und Pierre Levy, und ihren gemeinsamen Onkel Constant Levy umfasste⁸².

In allen drei Fällen war also nur die Verwandtschaftsangabe wahrheitswidrig geworden, da alle ausscheidenden Gesellschafter durch Personen gleichen Namens ersetzt wurden. Der Abs. 2 von Art. 948 OR geht aber weit über seine entwicklungsgeschichtliche Grundlage hinaus, wie sein Wortlaut zeigt. Es genügt, wenn nur noch einer der unbeschränkt haftenden Gesellschafter diesen Namen trägt. Der gleiche Familienname erfüllt bereits dieses Erfordernis. Der Handelsregisterführer darf

⁷⁷ BGE 71 I 272; vgl. Anm. 26 hievor.

⁷⁸ Dieser Gesellschafter braucht also nicht in der in der Firma angegebenen Weise mit dem Namensträger verwandt zu sein. Bei seinem Eintritt durfte die Firma laut OR 947 II beibehalten werden, auch wenn sie keinen unpersönlichen Zusatz wie «& Co.» enthielt.

⁷⁹ His N. 7 zu OR 947; BGE 62 I 114; StenBull 1935 NR 390 (linke Spalte Votum Scherer a. E.).

⁸⁰ DE in ZBJV 74, 320.

⁸¹ BGE 60 I 49 ff.

⁸² BGE 62 I 110 ff.

also gemäss Art. 948 Abs. 2 OR dem Karl Bürgi, Sohn des Adolf, und dessen Base Fanny Müller die Weiterführung der Firma «Adolf Bürgi und Söhne» gestatten⁸³.

Die vorgeschlagene Regel, dass schlechthin jede Personengesellschaft ihre Firma beibehalten könne, wenn ein Gesellschafter austrete, fand keine Aufnahme in das Gesetz⁸⁴. Es ist nicht einzusehen, womit diese Vorzugsstellung der Familiengesellschaften gerechtfertigt werden soll. Die Interessenlage ist jedenfalls dieselbe wie bei jeder anderen Personengesellschaft, wenn ein in der Firma mittelbar oder unmittelbar bezeichneter Gesellschafter austritt. Ein schutzwürdiges Interesse an der unveränderten Beibehaltung der Firma besteht in beiden Fällen. Die Täuschungsgefahr wird nicht dadurch vermindert, dass der Austretende durch irgendeine verwandte oder verschwägte Person ersetzt wird. Wenn sich nämlich die Tauschpartner unter «Söhne», «Gebrüder» usw. tatsächlich nur irgendwie verwandte oder verschwägte Personen vorstellen würden, so wären diese Firmen schon bei der Neubildung einer derart zusammengesetzten Personengesellschaft zulässig, und Abs. 2 von Art. 948 OR wäre überflüssig. Dem ist aber nach allgemeiner Erfahrung nicht so. Eine Täuschung wäre somit nur dann ausgeschlossen, wenn derjenige Gesellschafter, der sich hinter der wahrheitswidrigen Angabe verbirgt, die gleichen Eigenschaften hätte wie die Person, auf welche der Tauschpartner aus dem Inhalt der Firma schliesst. Für diese Gleichheit bürgt aber nicht einmal die Verwandtschaft, geschweige denn eine Schwägerschaft.

Abs. 2 von Art. 948 OR ist also eine bewusste gesetzliche Ausnahme vom Wahrheitsgrundsatz, wie er in Art. 944 Abs. 1, Art. 947 Abs. 4 und Art. 948 Abs. 1 OR verankert ist⁸⁵.

C.

Art. 953 Abs. 2 OR übernimmt zunächst scheinbar den Gedanken des § 22 HGB. Der Nachfolger darf die Firma des Vorgängers weiterführen, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind: a) Das alte Geschäft muss übernommen worden sein⁸⁶. b) Der frühere Inhaber oder dessen Erben müs-

⁸³ Keller in StenBull 1935 StR 270. Der gegenteiligen Ansicht von His N. 11 zu OR 948 kann nicht beigespflichtet werden, da er sich auf Abs. 1 von OR 948 stützt; Abs. 2 ist ja gerade die Ausnahme zu Abs. 1, sofern jene 3 Voraussetzungen erfüllt sind.

⁸⁴ Bericht I 218; OR 947 IV und 948 I.

⁸⁵ Vgl. den Vorschlag *de lege ferenda* in § 16 II D d. A.

⁸⁶ Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1; His N. 5 zu OR 953.

sen ihre Zustimmung erteilt haben⁸⁷. Diese beiden Voraussetzungen ergeben sich schon aus anderen Normen: Die erste ist ein Ausfluss der allgemeinen firmenrechtlichen Regel von Art. 944 OR, die zweite wird vom Persönlichkeits- bzw. Namensschutz der Art. 27—29 ZGB verlangt⁸⁸. Art. 953 OR erwähnt sie noch ausdrücklich, wie es auch Art. 874 altOR getan hat.

Um die mit der Lösung des gemischten Systems verbundene Täuschungsgefahr zu vermeiden, schreibt jedoch das schweizerische Recht in Art. 953 Abs. 2 OR vor, dass der neue Inhaber in einem Zusatz auf seine Person und das Nachfolgeverhältnis hinweisen müsse. Die neue Firma lautet dann beispielsweise «Karl Iselin. Nachfolger Grau & Co.» oder «Holderegger & Söhne, jetzt Papierwarenfabrik Rapperswil AG.» oder «Gesellschaft für Anlagewerte m. b. H., Inhaber Gebrüder Staub». Damit wird die Allgemeinheit über den Unternehmerwechsel unterrichtet, wodurch das Vertrauensverhältnis gestört werden kann. Der gute Klang der alten Firma wirkt jedoch in der neuen Firma so stark, dass mit dieser Lösung ein Maximum an Goodwill erhalten bleibt.

Wenn eine Kapitalgesellschaft als Nachfolgerin einer Personengesellschaft deren Firma als Kern ihrer neu zu bildenden Firma benutzt, so liegt darin eine Firmenübernahme im Sinne von Abs. 2 des Art. 953 OR⁸⁹. Die allgemein üblichen Firmenbildungen wie «Aktiengesellschaft Leu & Co.» und «Gebrüder Sulzer AG.» unterliegen damit heute dem Art. 953 OR, obschon sie ursprünglich Art. 873 altOR unterstanden und so zur heutigen Fassung von Art. 950 OR Anlass gaben⁹⁰. Die Anforderungen von Art. 953 Abs. 2 OR sind sinngemäss erfüllt: In der neuen Firma kommen das Nachfolgeverhältnis und der neue Inhaber in einer für jedermann erkennbaren Weise zum Ausdruck⁹¹, indem gemäss Art. 949 und 950 je Abs. 2 OR stets in einem Zusatz die neue Rechtsform angegeben werden muss⁹². Der Wortlaut von Art. 953 Abs. 2 OR allein würde allerdings diese Firmen verpönen, weil das Nachfolgever-

⁸⁷ Diese kann im schweizerischen Recht im Gegensatz zum deutschen auch stillschweigend erfolgen; His N. 20 zu OR 953, Düringer Anm. 7 zu HGB 22, Staub Anm. 7 zu HGB 22.

⁸⁸ Z. II lit. F und G dieses §; vgl. dort die Einzelheiten zu diesen Voraussetzungen.

⁸⁹ BGE 73 II 120 ff.; Z. II lit. D dieses §.

⁹⁰ Anm. 42 zu diesem §. Beispiele aus der Praxis vor 1936 bei His N. 2 zu OR 950.

⁹¹ BGE 73 II 120 f.

⁹² Das deutsche Recht behandelt diesen Fall gleich. Das ist ein Beispiel dafür, dass sich die verschiedenen prinzipiellen Lösungen in der praktischen Durchführung stark annähern. Vgl. § 12 I d. A. HGB 22 in Verbindung mit AktG 4 II, 220 II und GmbHG 4.

hältnis und der neue Inhaber nicht «in einem Zusatz» erscheinen; er erklärt sich jedoch daraus, dass bei der Besprechung dieses Artikels im Parlament nur an die Nachfolge unter Einzelkaufleuten und Personengesellschaften gedacht wurde⁹³.

Eine korrekt nach Art. 953 Abs. 2 OR gebildete Firma verstösst nicht gegen Art. 944 OR. Sie bringt eine tatsächlich erfolgte Geschäftsübernahme deutlich zum Ausdruck. Somit kann sie, als Ganzes betrachtet, weder eine Täuschung bewirken noch etwas Wahrheitswidriges aussagen⁹⁴. Wohl aber enthalten alle diese Firmen einen Kern, der die Regeln über Firmenklarheit, die das heutige OR enthält, verletzt. Art. 953 Abs. 2 OR ist also eine gesetzliche Ausnahme zu Art. 945 bzw. Art. 947 und 948 bzw. Art. 949 und 950 OR.

Um jede Täuschung zu vermeiden, muss man vom Nachfolger verlangen, dass er die bisherige Firma unverändert weiterführt⁹⁵. Die Ausnahmebestimmung von Art. 953 Abs. 2 OR bezieht sich jedoch nur auf den Kern⁹⁶. Fakultative Zusätze unterstehen auch bei der Uebernahme gemäss Art. 953 Abs. 2 OR den Grundregeln des Firmenrechts. Sie müssen deshalb gestrichen werden, wenn sie durch die Uebernahme unrichtig würden⁹⁷. Beispiele: a) Das Unternehmen der Kollektivgesellschaft «Gebrüder Kalt, Olten» wird von einer Aktiengesellschaft mit statutarischem Sitz in Siders übernommen. b) Nationale oder territoriale Bezeichnungen darf der Nachfolger nur weiterführen, wenn auch ihm die Bewilligung dazu erteilt wird⁹⁸.

Die französische Rechtsprechung und Lehre sind auf Grund ihrer Ueberlegungen zu einem ähnlichen Ergebnis gekommen. Der Einzelkaufmann hat keine Firma in unserem Sinne. Verwendet er seinen Namen zur Kennzeichnung seines Unternehmens, so spricht die französische Terminologie von «nom enseigne», da dann dieser Personennamen die Funk-

⁹³ StenBull 1935 StR 270, NR 390.

⁹⁴ His N. 19 zu OR 953.

⁹⁵ His N. 24 zu OR 953 (die dort zitierten Entscheide können allerdings nicht massgebend sein; BGE 32 II 397 stützt sich auf die besondere diesbezügliche Abrede in einem Uebnahmevertrag, die anderen beiden Entscheide auf die Vorschrift des Art. 10 der rev. Erg. Vo. II, die bei Revision des OR bewusst fallen gelassen wurde, vgl. ExpKom 712 und StenBull 1934 NR 789). — Obergericht des Kantons Solothurn in ZBGR 23 (1942) 106 Z. 4, Wieser 124.

⁹⁶ inklusive die das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusätze, vgl. § 1 III d. A.

⁹⁷ Hartmann 231, von Steiger 51 f., von Steiger JK Karte 132 Sektion IX S. 4, Wieland I 195. — Für das deutsche Recht Gierke in ZHR 45, 460, Opet in ZHR 49, 68 und 102, Schapira 114, Düringer Anm. 2 zu HGB 18.

⁹⁸ von Steiger 52, derselbe JK Karte 132 Sektion IX S. 4, His N. 24 zu OR 953, Jost Hartmann 26, Wieser 124 Anm. 15.

tionen der Enseigne übernimmt⁹⁹. Deshalb soll der «nom enseigne» auch wie alle Unternehmenskennzeichen, insbesondere die Enseigne, als Akzessorium des Unternehmens mit demselben übertragen werden können¹⁰⁰. Auf Grund dieser Erwägungen gewährten die Gerichte dem Käufer eines Unternehmens die Befugnis, den bisherigen «nom commercial» auch dann weiterzuführen, wenn er mit dem Familiennamen des ersten Inhabers gebildet worden ist¹⁰¹. Um die sich aus dieser Uebertragung ergebenden Täuschungen des Publikums zu vermeiden, und um die Persönlichkeitsrechte der anderen Träger dieses Namens zu wahren, legten Lehre und Rechtsprechung den neuen Inhabern die Pflicht auf, durch entsprechende Zusätze auf das Nachfolgeverhältnis und ihre eigene Person hinzuweisen¹⁰². Der «nom signature» dagegen ist gemäss Wahrheitsprinzip unübertragbar¹⁰³. Damit ist der schweizerische Gesetzgeber weiter gegangen als die französische Praxis: Die durch den Nachfolgezusatz ergänzte Firma des Vorgängers ist eine vollwertige Firma im Sinne des OR; sie kann also auch als Unterschrift und als Parteibezeichnung verwendet werden¹⁰⁴. Die Uebertragbarkeit der «raison sociale» ist umstritten¹⁰⁵.

D.

Art. 954 OR betrifft einen Fall des nachträglichen Unrichtigwerdens der Firma aus ausserhalb des Unternehmens liegenden Gründen¹⁰⁶. Eine in der Firma genannte unbeschränkt haftende Person ändert ihren Namen: Sie verheiratet sich, lässt sich scheiden oder reicht der zuständigen Behörde mit Erfolg ein Gesuch um Namensänderung ein¹⁰⁷. In der Struktur des Unternehmens ist keine Veränderung eingetreten. Eine Täu-

⁹⁹ Vgl. § 1 II und § 11 II d. A.

¹⁰⁰ Pouillet n. 951 und 1061, Thaller n. 102, Pic n. 396, Oudinot in Annales 26, 364, Thaller in den Erläuterungen zu Paris 18. Februar 1904, D. P. 1907. 2, 201 ff.; Paris 22. Dezember 1920, S. 1921. 2, 31.

¹⁰¹ Paris 18. November 1893, Annales 8, 81 (Anm. 1 insb.), Cass. req. 3. Februar 1909, D. P. 1910. 1. 441 und 451, Paris 22. Dezember 1920, S. 1921. 2, 31/32.

¹⁰² Pouillet n. 951 und 1065, Thaller n. 102 und 339, Pic n. 396, Oudinot in Annales 26, 368 und 370, Baitry 49, Maunoury 227, Ripert n. 242 und 467; Cass. req. 3. Februar 1909, D. P. 1910. 1. 452.

¹⁰³ Thaller S. 83 Anm. 1, Baitry 49, Oudinot in Annales 26, 368 und 370, Ripert n. 467; Cass. req. 27. März 1900, D. P. 1900. 1. 400.

¹⁰⁴ § 1 II und I d. A.

¹⁰⁵ Verneinend Pouillet n. 1078, Fouillet 120; Cass. req. 27. März 1900, D. P. 1900. 1. 400. — Bejahend de Lanzac n. 71 und 82 zu C. com. 21; Trib. com. du Havre 11. März 1896, D. P. 1898. 2. 521 und 525.

¹⁰⁶ § 2 II d. A.

¹⁰⁷ ZGB 161 I, 149 I und II, 30 I. Weitere Beispiele bei His N. 8 und 9 zu OR 954.

schungsgefahr besteht nur dann, wenn der alte Name als Hinweis auf eine andere Person verstanden werden kann. Das ist nur möglich, wenn der betreffende Tauschpartner vor der Namensänderung nie mit dem betreffenden Unternehmen in Berührung gekommen ist, und wenn eine Person gleichen Namens überhaupt lebt. Die Täuschungsgefahr ist hier derart gering, dass sich die volle Berücksichtigung der Unternehmerinteressen rechtfertigt. Deshalb erlaubt Art. 954 OR dem Firmenträger, in diesem Falle seine Firma unverändert beizubehalten¹⁰⁸.

Würde diese gesetzliche Ausnahme fehlen, so müsste die Firma angepasst werden, denn die Anforderungen der Firmenklarheit in Art. 945 Abs. 1 und 2 OR und in Art. 947 Abs. 1 und 3 OR werden nur erfüllt, wenn die betreffende Person mit dem Familiennamen bezeichnet wird¹⁰⁹. In diesem Sinne ist Art. 954 OR auch eine Ausnahmebestimmung zum Wahrheitsgrundsatz von Art. 944 OR¹¹⁰.

Art. 954 OR spricht nur von den in Firmen enthaltenen Namen von unbeschränkt haftenden Personen. Muss also die Firma einer Kapitalgesellschaft angepasst werden, wenn eine in ihr genannte Person ihren Namen ändert? Die Ausnahmebestimmung des Art. 954 OR kann nach dem Satz «in maiore minus» auch für diesen Fall geltend gemacht werden. Wenn man beim Hinweis auf unbeschränkt haftende Personen eine Täuschung in Kauf nimmt, wird man dem Tauschpartner auch zumuten, über diejenige Person irregeführt zu werden, die nur in einer tatsächlichen Beziehung zur betreffenden Gesellschaft steht, denn diese Täuschung hat für ihn weniger schwerwiegende Folgen¹¹¹.

Muss eine Geschäftsinhaberin¹¹² trotz der gesetzlichen Ausnahme von Art. 954 OR bei ihrer Heirat ihre Firma zufolge Art. 945 Abs. 2 OR ändern? Entwicklungsgeschichtlich betrachtet verfolgt Art. 945 Abs. 2 allerdings nur den Zweck, die Fortführung des Unternehmens eines kon-

¹⁰⁸ Die selbe Norm enthält HGB 21, vgl. dazu Opet in ZHR 49, 103 ff., Wieland I 181. In Italien scheint diese Frage in der Literatur umstritten zu sein, Vivante I n. 142 und Gaetano n. 10; ebenso in Frankreich, insb. in bezug auf die Firma der geschiedenen Frau, Pouillet n. 972, Thaller S. 82 Anm. 2, Lyon-Caen I n. 256 bis, Klotz n. 26.

¹⁰⁹ Vgl. den Wortlaut dieser Artikel, ferner Egger N. 11 zu ZGB 29 und Siegmund Anm. 1 zu altOR 867.

¹¹⁰ B II 136 (zu Art. 939 E I).

¹¹¹ His N. 4 zu OR 954 misst dem Wortlaut zu grosses Gewicht bei.

¹¹² Für die Kollektivgesellschaftlerin und die Komplementärin gilt die Vorschrift von OR 945 II nicht, von Steiger 33 und 38, Oswald 57 Anm. 2.

kursiten Ehemannes durch seine Frau zu verhindern¹¹³; es würde also genügen, wenn man ihn nur auf Unternehmen anwenden würde, welche die Ehefrau nach ihrer Heirat eröffnet. Dagegen haben die zukünftigen Gläubiger der ledigen Geschäftsfrau ein Interesse daran, auf die Verehelichung aufmerksam gemacht zu werden: Es besteht nun die Möglichkeit, dass der Ehemann durch entsprechende Bekanntmachung seiner Frau die Ausübung eines Gewerbes verbietet¹¹⁴. Dadurch würde die Haftungsgrundlage auf das Sondergut beschränkt¹¹⁵. Aus diesen Ueberlegungen ergibt sich die Forderung, dass jede Ehefrau in ihrer Firma auf ihr weibliches Geschlecht hinweisen soll. Es ist auch nicht der Sinn von Art. 954, die Regel von Art. 945 Abs. 2 OR für jede schon vor der Heirat der Inhaberin eingetragene Firma auszuschliessen. Art. 954 OR bezweckt nur die unveränderte Beibehaltung des Personennamens, nicht der ganzen Firma. Die Braut muss also gegebenen Falles ihrer Firma einen ausgeschriebenen Vornamen oder die Bezeichnung «Frau» beifügen¹¹⁶.

Bei der Scheidung verliert die Frau das Recht, den Familiennamen des Mannes zu führen¹¹⁷, und der Mann die Befugnis, den vorehelichen Namen der Frau als Allianznamen zu gebrauchen¹¹⁸. Der Art. 954 OR stellt auch in bezug auf diese Normen zunächst eine Ausnahmebestimmung auf¹¹⁹. Er kann jedoch die Persönlichkeitsrechte nicht ausschalten; weder Sinn noch Entstehungsgeschichte weisen auf eine so folgenschwere Tragweite hin. Wird der geschiedene Ehegatte durch die Fortführung der alten Firma in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt, so kann er mit Erfolg Art. 28 ZGB anrufen¹²⁰.

¹¹³ Huber in B I 217 f., Hoffmann in B II 132 f., Bundesrat in Botschaft 1928 S. 104, Hoffmann in ExpKom 707 f., Scherer und Aeby in StenBull 1934 NR 789.

¹¹⁴ Gmür N. 17 zu ZGB 167, Egger N. 8 zu ZGB 167.

¹¹⁵ Gmür N. 18, 26 und 28 zu ZGB 167, N. 21 zu ZGB 207, N. 5 zu ZGB 220, Egger N. 8 zu ZGB 167, N. 10 zu ZGB 207, N. 2 zu ZGB 220/1.

¹¹⁶ Sinngemäss Huber in B I 219 f., ferner Hartmann 227, von Steiger 32, His N. 24 zu OR 945, Jost Hartmann 36, Jaquerod Nr. 17.

¹¹⁷ ZGB 149, Obergericht des Kantons Solothurn in ZBGR 22, 159.

¹¹⁸ Egger N. 6 zu ZGB 29, Siegmund im ZSR 16, 645; ZR 23, 293.

¹¹⁹ His N. 8 zu OR 954, N. 15 zu OR 945.

¹²⁰ Hartmann 227, His N. 13 zu OR 954, Jost Hartmann 35.

§ 11. Die Erhaltung des Goodwill durch andere gewerbliche Kennzeichen

I. Das Problem

Der Goodwill hängt an allen Kennzeichen des Unternehmens¹. Wenn eine Firma angepasst werden muss, so sollte es also möglich sein, den dadurch verlorenen Goodwill mittels anderer gewerblicher Kennzeichen zu erhalten². Es sind zwei Wege denkbar: a) Zeichen, die schon vor der betreffenden Strukturwandlung gebraucht wurden, werden unverändert weiter verwendet; dadurch wird wenigstens der in ihnen verkörperte Teil des Goodwill erhalten. b) Auch der mit jener Firma selbst verknüpfte Teil des Goodwill kann trotz Firmenänderung bewahrt werden, indem jenes Wortgefüge zur Neubildung eines anderen Zeichens benutzt wird.

Zwei solche Zeichen, die Enseigne und die Marke, werfen in derartigen Fällen rechtliche Probleme auf, da sie mit der Firma eng verwandt sind³. Diese Verwandtschaft äussert sich in folgenden Tatsachen: Ihre Funktionen können auch von der Firma erfüllt werden. Auch sie sagen etwas über die Struktur des Unternehmens aus. Auch sie können zu Verwechslungen mit fremden Unternehmen Anlass geben. Auch sie können öffentlichen Interessen zuwiderlaufen. Es erhebt sich deshalb die Frage, ob die Prinzipien des Firmenrechts oder entsprechende Grundsätze auch für Marke und Enseigne Geltung haben. Vom Unternehmer aus gesehen lautet das Problem: «Muss die Strukturänderung, die mich zur Anpassung der Firma gezwungen hat, auch zur Aenderung von Marke oder Enseigne führen?» Ferner fragt er: «Kann die unrichtig gewordene Firma oder ein Teil derselben zur Bildung einer Marke oder Enseigne verwendet werden?» Die Antworten auf diese Fragen entscheiden darüber, wie weit diese Kennzeichen fähig sind, trotz Abänderung der Firma den Goodwill zu erhalten.

II. Die Enseigne und die unrichtig gewordene Firma

Der Unternehmer braucht zur Bezeichnung seines Unternehmens ein schlagwortartiges Kennzeichen, das sich dem Gedächtnis der Kunden

¹ Vgl. § 5 I d. A.

² Siegmund in ZSR 16, 783 f., von Steiger in ZBJV 74, 322, Guhl 586, Wieland I 206.

³ Vgl. § 1 I d. A.

leicht einprägt, und das ihnen womöglich noch eine Eigenschaft des betreffenden Unternehmens in Erinnerung ruft. Die Firma in unserem Sinne muss nach strengen Regeln gebildet werden. Sie ist deshalb als Binde- und Werbemittel gegenüber der Kundschaft oft nicht gut geeignet, sei es, dass sie zu schwerfällig ist, sei es, dass sie zur Hauptsache aus Worten ohne Schlagkraft besteht (z. B. aus weitverbreiteten Familiennamen). Der Unternehmer füllt diese Lücke aus, indem er sein Unternehmen mit einer Enseigne⁴ bezeichnet⁵. Typische Beispiele sind «Globus», «Zur alten Post», «Express-Taxi», «Quick», «Au Bon Marché», «A la Belle Jardinière», «Walliser Kanne» und «Modelhaus Schweizerhof».

Wie es scheint, erfasst die schweizerische Gesetzgebung das Phänomen der Enseigne nur zum Teil, d. h. nur so weit, als sie zur Kennzeichnung des Geschäftslokales verwendet wird⁶. In dieser Art der Enseigne liegt ihr geschichtlicher Ursprung. Der Schild eines Gasthofes oder einer Apotheke warf zum ersten Male diese Probleme auf⁷. Im modernen Wirtschaftsleben hat die Enseigne eine umfassendere Funktion⁸, die sich mit derjenigen der als Unternehmenskennzeichen verwendeten Firma deckt⁹: Das Geschäftslokal, das Mobiliar, die Geschäftspapiere, die Angestellten usw. können ebenso gut mit der Enseigne wie mit der Firma gekennzeichnet werden.

Angesichts dieser weitgehenden Uebereinstimmung der Funktionen kann man sich fragen, ob es überhaupt einen Sinn habe, die beiden Erscheinungen rechtlich zu trennen, und ob es wohl möglich sei, ein klares Unterscheidungskriterium zu finden. Die Notwendigkeit der gesonderten juristischen Behandlung ergibt sich aus dem Wesen der beiden

⁴ Die deutsche Doktrin braucht das Wort «Etablissementsname»; in der schweizerischen Literatur und in Frankreich ist «Enseigne» üblich, in Italien «Insegna»; das Bundesgericht zieht «Geschäftsbezeichnung» vor; vgl. die in den nächsten Anm. zitierten Stellen. In dieser Arbeit wird das Wort «Enseigne» verwendet, weil auch die Firma eine Geschäftsbezeichnung ist.

⁵ Burckhardt in ZSR 16, 501, Treadwell 35 f., Amberg Diss., Jost Hartmann 35; BGE 17, 713, 31 II 296 ff., 39 II 267, 62 I 120 f., 65 II 208 u. a. m.; NZZ 1948 Nr. 1530.

⁶ HRV 48. JPD in BBl 1937 II 817, von Steiger 8. Fouillet 30 vertritt als einziger französischer Autor diese enge Auffassung.

⁷ Vgl. die bei Siegmund Anm. 7 zu altOR 876 zitierten BGE, Pisko 333 und Amberg 14 ff.

⁸ His N. 22 zu OR 944, Siegmund in ZSR 16, 745, Amberg 11 und 21, Hunzinger 5 Anm. 3, Marx 218, Müller-Erzbach 92, Pouillet n. 1374, Pic n. 393, Lyon-Caen II n. 156 (sinngemäss), Gaetano 74 n. 4. In diesem Sinne auch Art. 18 der rev. Erg. Vo II von 1918! BGE 37 II 544, 62 I 120, 64 II 250 f.

⁹ Wieland I 175 Anm. 3 und Amberg 29 (wörtlich gleich).

Kennzeichen: Die Ensigne ist reine Geschäftsbezeichnung¹⁰; sie ist untauglich zur Unterschrift oder zur Benennung des Unternehmers im Verkehr mit Behörden oder als Parteibezeichnung im Prozess¹¹. Jene Funktionen kann nur die Firma übernehmen; sie ist dafür jederzeit ausreichend¹². Das Unterscheidungsmerkmal liegt also im Hinweis auf den Unternehmer¹³. Somit ist wie folgt zu definieren: Ensigne ist ein Wort(gefüge), das das Unternehmen kennzeichnet, ohne auf den Unternehmer hinzuweisen. Firma ist dasjenige Wort(gefüge), das auf den Unternehmer hinweist und dadurch das Unternehmen kennzeichnet¹⁴.

Wie schwierig es ist, Firma und Ensigne klar auseinander zu halten, zeigt die Lösung praktischer Beispiele: Sind «Hôtel Breuer», «Pension Kündig», «Café Bauer», «Basar Wolfensberger» und «Wollen-Keller» Enseignes oder Firmen bzw. Kurzformen von solchen¹⁵? Die Entscheidung hängt von der Antwort auf die Frage «Weisen diese Unternehmenskennzeichen auf den Unternehmer hin?» ab. Solche Wortgefüge können jederzeit als Firmen von Einzelkaufleuten eingetragen und gebraucht werden. Die Gefahr, dass der Dritte aus dem Inhalt dieser Kennzeichen Schlüsse zieht, die er nur bei dem nach strengen Regeln gebildeten Firmeninhalt ziehen dürfte, ist deshalb gross. Die Rechtsgenossen können ein solches Wortgefüge geradezu als die Firma des betreffenden Unternehmers auffassen, so dass dieser von ihrem Standpunkt aus eine mit dem Handelsregistereintrag nicht übereinstimmende Firma führt, was vom HStG ausdrücklich verpönt wird. Auf Grund dieser Tatsachen ist es m. E. richtig, die mit dem Personennamen des Unternehmers gebauten Unternehmenskennzeichen grundsätzlich als Firmen zu betrachten und den entsprechenden Bildungs- und Führungsvorschriften zu unterwerfen. Als Enseignes dürfen sie nur dann behandelt werden, wenn sich eine eindeutige Verkehrsauffassung feststellen lässt, welche die Annahme der Firmenqualität entkräftet, d. h. wenn zufolge besonderer

¹⁰ Béguin in StenBull 1932 StR 61.

¹¹ Haab 28, Pisko 334 f., Schapira 103, Amberg 20.

¹² Keel 94 f., Hunzinger 6, Guhl 583.

¹³ Wieland I 175 Anm. 3, Amberg 29.

¹⁴ § 1 I d. A.

¹⁵ Antworten der bisherigen Lehre und Rechtsprechung:

a) Enseignes: Amberg 19 und 50, Pouillet n. 1062, BGE 64 II 250 f., 72 II 4, ROLG 14, 338 f.

b) Firmen: Siegmund Hdb 179, von Steiger in ZBJV 74, 322, Amberg 20 (sinn-gemäss), Keller in StenBull 1935 StR 270, Lyon-Caen II n. 156, Conrades in Recht 6, 10 rechte Spalte, Staub Anm. 6 zu HGB 17.

c) «Wollen-Keller» ist Kurzbezeichnung: His N. 23 zu OR 944 und N. 8 zu OR 956.

Umstände kein vernünftig denkender Adressat das in Frage stehende Kennzeichen als Hinweis auf den Unternehmer auffasst¹⁶. Die Bezeichnung eines Restaurants in Zürich als «Bollerei» ist zweifellos eine Enseigne¹⁷, obschon auch in ihr ein Unternehmernamen enthalten ist. Durch diese originelle Abwandlung des Familiennamens «Boller» ist eine Art Sachbezeichnung entstanden. Die Verbindung mit dem Personennamen ist nicht offensichtlich. Ein solches Wort genügt nicht als Firma eines Einzelkaufmanns.

Unternehmenskennzeichen wie «A la Belle Jardinière» oder «Modéhaus Schweizerhof» (vgl. die weiteren hievon als typische Beispiele angeführten) können ohne Bedenken als Enseignes angesprochen werden, weil sie eindeutig nur auf das Unternehmen hinweisen. Aber auch diese typischen Enseignes unterliegen in der Schweiz der Gefahr, für Firmen gehalten zu werden. Das kommt daher, dass gemäss Art. 950 OR Wortgefüge, die ihrem Wesen nach Enseignes sind¹⁸, als Firmen von Kapitalgesellschaften genügen. Wenn also ein Einzelkaufmann oder eine Personengesellschaft eine Enseigne verwenden, besteht immer die Möglichkeit, dass die Tauschpartner glauben, der Firma einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft gegenüberzustehen; dadurch werden sie über die Inhaberschaft des Unternehmens irreführt. Wie kann diese Täuschungsgefahr beseitigt werden? Die Enseigne ist eine Tatsache des Geschäftslebens; sie entspricht dem Bedürfnis nach einem werbekräftigen

¹⁶ Beispiele aus der Praxis:

- a) Die Bezeichnung eines Hôtels in Zürich als «Baur au Lac» ist m. E. heute eine Enseigne; die besonderen Umstände liegen einerseits in der Grösse des Betriebes und der Bedeutung des Unternehmens, anderseits im Aufbau des Wortgefüges (deutscher Personennamen und französische Ortsangabe). Symptomatisch ist die vom Verfasser d. A. beobachtete Tatsache, dass die älteren Leute vom «Hôtel Baur» sprechen, während heute das Unternehmen im Volksmund allgemein «Baur au Lac» genannt wird, wobei in der Umgangssprache dieses Wortgefüge zu einem Wort zusammengezogen und derart ausgesprochen wird, dass der Zusammenhang mit einem Familiennamen nicht mehr offensichtlich ist. — Die gegenwärtigen Inhaber dieses Hôtelunternehmens führen die Firma «H. Kracht's Erben», vgl. SHAB Nr. 292 vom 13. Dezember 1932 S. 2905.
 - b) Falls man aus der Zulassung der Uebertragung darauf schliessen darf, dass die Praxis ein Unternehmenskennzeichen als Enseigne betrachtet, können als weitere Beispiele folgende Fälle genannt werden: «Savoy-Hôtel Baur en Ville» und «Café-Restaurant Orsini» in SHAB Nr. 275 vom 23. November 1933 S. 2742, ferner «Café-Restaurant Della Casa» in SHAB Nr. 109 vom 12. Mai 1934 S. 1261.
- ¹⁷ BGE 17, 710 ff. Der heutige Inhaber führt die Firma «Ad. Martin», vgl. SHAB Nr. 47 vom 25. Februar 1938 S. 437.
- ¹⁸ Amberg 47, Wieland I 205 Anm. 8 in bezug auf französisches Recht, von Steiger 8.

Kennzeichen; die Firma kann diesen Wunsch nicht immer erfüllen. Deshalb soll die Rechtsordnung die Enseigne nicht verbieten¹⁹. Die aufgezeigte Täuschungsgefahr führt damit zur Forderung, der Verwechslung auf der Gegenseite zu steuern: Man sollte von jeder Firma einer Kapitalgesellschaft den Zusatz der Rechtsform verlangen, wie das heute bereits bei der Firma der GmbH. durch Art. 949 OR geschieht²⁰.

Aus der weitgehenden Uebereinstimmung der Funktionen von Firma und Enseigne ergibt sich das Postulat, auch die letztere gewissen Grundsätzen des Firmenrechts zu unterwerfen. Sonst wird das von diesen Prinzipien geschaffene Vertrauen des Publikums durch (im firmenrechtlichen Sinne) unrichtige Enseignes zerstört. Diesem Wunsche kommt Art. 48 HRV nach. Er unterstellt die Enseignes jenen Artikeln der HRV, welche die Regeln des Art. 944 OR enthalten. Zufolge der zu engen Auffassung des Begriffes der Enseigne scheint Art. 48 HRV jedoch nur dann anwendbar zu sein, wenn die Enseigne zur Bezeichnung des Geschäftslokales verwendet wird. Hält man sich aber den Sinn dieser Norm vor Augen, der darin besteht, Umgehungen der firmenrechtlichen Vorschriften durch Enseignes zu vermeiden, so ist der Ausdruck in der Klammer als beispielsweise, nicht als abschliessende Umschreibung aufzufassen.

Somit gilt das Wahrheitsgebot auch für die Enseignes²¹. Es ist also in der Regel nicht möglich, die unwahr gewordene Firma bzw. den unwahr gewordenen Bestandteil derselben zur Bildung einer Enseigne zu verwenden²². Die Enseigne dient indessen auf andere Weise der Erhaltung des Goodwill: Sie ist — vom Standpunkt des Unternehmers aus betrachtet — in Verbindung mit dem Unternehmen frei übertragbar²³. Im typischen Fall enthält sie ja den Namen des Unternehmers nicht und wird deshalb vom Inhaberwechsel überhaupt nicht berührt. Kann ausnahmsweise ein mit dem Unternehmensnamen gebildetes Unterneh-

¹⁹ Der BGE vom 15. Juni 1936 in Sachen Behrenstamm (ZR 36, 90 ff.) ist deshalb sehr zu begrüßen. Vgl. dagegen die ablehnende Kritik von Steiger's in SJZ 33, 130 und ZBJV 74, 324. Scharf missbilligend auch Jost Hartmann 34 (im Widerspruch zu 35).

²⁰ Diese Forderung erfüllt das heutige deutsche Recht in AktG 4 und 220, GmbHG 4 II und GenG 3. Vgl. auch § 16 III B d. A.

²¹ JPD in BBl 1937 II 817, Hartmann 226, His N. 26 zu OR 944, Jost Hartmann 36; von Salis Nr. 1650; BGE 59 I 41, 72 II 4.

²² Dieser Weg wird von von Steiger in NZZ 1935 Nr. 822 und von Jost Hartmann 35 empfohlen.

²³ BGE 52 II 276 ff., 72 II 4; Treadwell 36, Amberg 12 und 48, Pouillet n. 1062, Marx 222.

merkennzeichen als Enseigne angesprochen werden, so steht das Wahrheitsprinzip seiner Uebertragung auf einen neuen Inhaber aus folgenden Gründen nicht entgegen²⁴: Weil dieses Wortgefüge vom Verkehr nicht als Hinweis auf den Unternehmer aufgefasst wird, sagt es nur dann eine Unwahrheit aus, wenn nicht irgend eine tatsächliche Beziehung zwischen dem bezeichneten Unternehmen und der genannten Person besteht; die frühere Inhaberschaft ist genügende tatsächliche Beziehung im Sinne des Wahrheitsgebotes²⁵.

Für die Bildung und Führung der Enseigne gelten nur das Wahrheitsgebot und das Ausschliesslichkeitsprinzip²⁶. Alle die einzelnen Normen, welche aus der Idee der Firmenklarheit heraus²⁷ positive Anforderungen an den Inhalt der Firma stellen, sind nicht in die HRV übernommen worden und gelten somit für die Enseignes nicht. Demzufolge enthält oft die Enseigne den Bestandteil der Firma, der zur Aenderung zwingt, nicht. Wichtigster Fall: Ein Einzelkaufmann verkauft sein Unternehmen. Der Käufer kann die alte Firma nicht übernehmen, weil sie den Familiennamen des Verkäufers enthalten muss²⁸. Er kann aber die alte Enseigne unverändert weiter benutzen.

III. Die Marke und die unrichtig gewordene Firma

Die Marke ist nicht so eng mit der Firma verwandt wie die Enseigne. Sie dient in erster Linie zur Individualisierung der Ware. Das Unternehmen wird durch die Marke nur mittelbar gekennzeichnet²⁹. Die Firma dagegen individualisiert in erster Linie den Unternehmer, in zweiter Linie unmittelbar sein Unternehmen³⁰. Deshalb besteht kein Bedürfnis, die Marke den Grundsätzen des Firmenrechts zu unterstellen. Sie wird

²⁴ Aus denselben Ueberlegungen besteht auch kein Grund, den Art. 953 Abs. 2 OR auf die Uebertragung der Enseigne analog anzuwenden, wie es das Bundesgericht in BGE 72 II 4 tut.

²⁵ Diese Regel wird von der Praxis in bezug auf den ähnlichen Fall des Personennamens in der Firma einer Kapitalgesellschaft allgemein anerkannt, vgl. Anm. 40 zu § 10 und Anm. 27 zu § 12 d. A.

²⁶ Letzteres äussert sich bei der Enseigne im Gegensatz zur Firma nur in Form eines Anspruchs des Inhabers auf Alleingebrauch und nur in dem Umfange, als die besonderen Voraussetzungen von ZGB 28 oder UWG 1 d erfüllt sind. Ein von Amtes wegen zu beachtendes Ausschliesslichkeitsprinzip gibt es bei den Enseignes nicht.

²⁷ § 7 II d. A.

²⁸ OR 945.

²⁹ MSchG 1 II; Matter 40, David 56.

³⁰ § 1 I d. A.

nur von den Vorschriften des Markenrechts beherrscht³¹. Diese enthalten allerdings Regeln, die sich teilweise mit denjenigen des Firmenrechts decken.

Auch für die Marke gilt ein Ausschliesslichkeitsprinzip, das jedoch von demjenigen des Firmenrechts abweicht³². Dagegen fehlt im Markenrecht ein dem Grundsatz der Firmenklarheit entsprechendes Institut; an den Markeninhalt werden nur negative Anforderungen gestellt³³. Die Praxis hat ferner die Marke einem Täuschungsverbot unterworfen, indem sie Marken mit irreführendem Inhalt als sittenwidrig betrachtet und sie vom Rechtsschutz ausschliesst³⁴. Dagegen geht jene Ansicht zu weit, die von der Marke verlangt, dass ihr Inhalt entsprechend demjenigen der Firma schlechthin wahr sein müsse³⁵. a) Derart strenge Anforderungen sollten im Gesetz ausdrücklich verlangt werden. b) Sie sind nur dann zu verantworten, wenn sie ihren Zweck erfüllen, d. h. Vertrauen auf den Inhalt der Marke schaffen; das ist nur dann gewährleistet, wenn für ihre Durchsetzung von Amtes wegen gesorgt wird³⁶. Da das Markenrecht weder die eine noch die andere dieser Voraussetzungen erfüllt, ist es angemessener, sich mit dem Täuschungskriterium zu begnügen³⁷.

Zufolge dieser Eigenheiten des Markenrechts ergibt sich die Möglichkeit, dass eine schon bestehende Marke trotz der Pflicht zur Anpassung der Firma nicht geändert werden muss, sei es, dass sie den unrichtig gewordenen Teil gar nicht enthält, sei es, dass vom markenrechtlichen Gesichtspunkt aus betrachtet eine Täuschungsgefahr nicht vorhanden ist³⁸. Aus entsprechenden Gründen besteht auch die Möglichkeit, dass aus Teilen der unrichtig gewordenen Firma eine neue Marke korrekt ge-

³¹ MSchG und seine VVo. Als Ergänzung treten unter Umständen die Normen des UWG hinzu. Matter 35 f., David 50, Troller 211 f., BGE 73 II 117 f. und 135.

³² MSchG 6; Matter 55, David 77 und 79.

³³ MSchG 3, 13 bis und 14.

³⁴ MSchG 3 IV und 14 Z. 2; BGE 56 I 50 ff. und 472, 58 I 210, 63 I 93; David 99 und 102 f., Matter 77, Troller 78 und 80.

³⁵ BGE 56 I 50 und in Anlehnung daran BGE 56 I 472, BGE 58 I 210 und David 99. In allen diesen Entscheiden waren aber die Marken schon deshalb unzulässig, weil sie das Publikum täuschten. David selbst begnügt sich gerade im für uns wichtigen Fall der Firmenmarke mit dem Täuschungskriterium, vgl. Anm. 39 hienach.

³⁶ § 14 I d. A.

³⁷ Matter 77 und Troller 78 gelangen auf Grund anderer Ueberlegungen, insb. einer Interessenabwägung, zum gleichen Schluss.

³⁸ Beispiele bei Troller 80 und 160.

bildet und eingetragen werden kann. Die Marke ist also ein vorzügliches Mittel, um den Goodwill trotz Firmenänderung zu erhalten.

Das Gesagte gilt auch für die Firmenmarke³⁹. Die Grundregeln des Firmenrechts werden durch die Weiterführung einer solchen Marke weder verletzt noch umgangen, da es sich nicht um Firmenführung⁴⁰, sondern um den Gebrauch einer echten Marke handelt⁴¹. Die Firmenmarke ist nämlich ein aus der Firma oder charakteristischen Bestandteilen derselben gebildetes besonderes Kennzeichen, das zur Individualisierung der Ware dient, und das den Grundregeln des Markenrechts entspricht⁴².

Auf Grund der durch das Handelsregister geschaffenen Publizität verzichtet das MSchG bei der Firmenmarke auf deren Eintragung in das Markenregister⁴³. Formelle Voraussetzung des Markenschutzes ist dann der Handelsregistereintrag einerseits und die firmenrechtlich korrekte Bildung der Firma anderseits⁴⁴. Die zweite und in der Regel auch die erste dieser beiden Voraussetzungen fallen weg, wenn die Firma unrichtig wird. Der Inhaber der Firmenmarke muss deshalb spätestens in diesem Zeitpunkt dieselbe beim eidgen. Amt für geistiges Eigentum hinterlegen und eintragen lassen, sofern er ihr den Schutz des MSchG erhalten will. Das Amt wird sie zurückweisen, wenn sie nach der Umwandlung im Unternehmen gegen markenrechtliche Grundsätze (vor allem das Täuschungsverbot) verstösst⁴⁵.

³⁹ Siegmund in ZSR 16, 759, David 190, ferner Schapira 115; Handelsgericht Bern in ZBJV 75, 370.

⁴⁰ Diese unzutreffende Annahme veranlasste Matter, die Uebertragbarkeit der nicht im Markenregister eingetragenen Firmenmarke zu verneinen, obschon er die Weiterführung der Firma des Vorgängers in einer Marke grundsätzlich billigt, ZSR 53, 85 f. Diese Einschränkung hat er in seinem Kommentar fallen gelassen, S. 56.

⁴¹ Ähnlich His N. 96 zu OR 956.

⁴² Matter 54 f., David 76 f., Hunzinger 130; BGE 44 II 85.

⁴³ MSchG 2.

⁴⁴ Matter 53, David 74 f., Hunzinger 134.

⁴⁵ MSchG 14.

§ 12. Der Verkehrsschutz durch Anpassen der Firma

I. Der Einfluss des gewählten Systems

Nach Umwandlungen im Unternehmen kann die Firma auf zwei verschiedene Arten unrichtig geworden sein. Einerseits kann ihr Inhalt jetzt wahrheitswidrig oder täuschend sein, anderseits kann sie nachträglich zu Verwechslungen mit der Firma eines Konkurrenten Anlass geben. Mit anderen Worten: die Firma wird entweder täuschend in bezug auf das Unternehmen (Ziffer II hienach) oder täuschend in bezug auf eine andere Firma (Ziffer III). Diese beiden Möglichkeiten sollen durch die Hauptgrundsätze des schweizerischen Firmenrechts verhindert werden, durch denjenigen der Firmenwahrheit und durch denjenigen der Firmenausschliesslichkeit.

Das Prinzip der Ausschliesslichkeit findet sich in jeder der fünf verglichenen Rechtsordnungen, unabhängig davon, zu welchem firmenrechtlichen System sie sich bekennen¹. Dagegen unterscheiden sie sich wesentlich in Hinsicht auf die Anerkennung des Wahrheitsgrundsatzes. Darin liegt die Ursache dafür, dass die Gesamtheit der Lösungen der verschiedenen Rechtsordnungen in drei Systeme eingeteilt wird. In der praktischen Durchführung bewahrte jedoch keine der prinzipiellen Lösungen ihre Reinheit. Jede wurde durch Konzessionen an bestimmte Interessengruppen durchlöchert. Berücksichtigt man dazu noch die anderen Mittel zur Aufklärung der Tauschpartner (§ 13 hienach), so ergibt sich eine weitgehende Annäherung der grundsätzlich verschiedenen Lösungen im Ergebnis ihrer praktischen Ausführung.

Selbst die englische Gesetzgebung verlangt vom Inhalt der Firma ein Mindestmass an Wahrheit: Wird jede² unbeschränkte Haftung des oder der Unternehmer — ursprünglich oder nachträglich — ausgeschlossen, so muss das letzte Wort der Firma «limited» sein³. Setzt eine Aktiengesellschaft ihr bei der Neugründung ausgewiesenes Grundkapital herab,

¹ §§ 7 III, 8 III und 9 I d. A.

² Die Tatsache, dass ein unbeschränkt haftender Gesellschafter nachträglich seine Haftung beschränkt, muss in der Firma nicht zum Ausdruck kommen, solange noch mindestens ein Mitglied unbeschränkt haftet; vgl. Chance II 28 und Lindley 918.

so muss sie diesen Beschluss durch Anfügen des Wortes «reduced» am Ende ihrer Firma zum Ausdruck bringen, wenn das Gericht diese Massnahme für angebracht hält⁴.

Die Frage drängt sich auf, ob hier grob gesprochen ein europäisches Minimum an Firmenwahrheit vorliege. In der Tat muss in allen fünf verglichenen Rechtsordnungen der nachträgliche Ausschluss jeder unbeschränkten Haftung durch Abänderung der Firma zum Ausdruck gebracht werden. In Frankreich müssen bei der Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft alle Personennamen aus dem Kern der Firma verschwinden⁵. In der Schweiz müssen die Firmenträger, falls sie sich nicht zur gleichen Massnahme entschliessen können, durch einen Zusatz auf die neue Haftungsform hinweisen⁶. Da die Firmen der Einzelkaufleute und der Personengesellschaften in Frankreich und in der Schweiz Familiennamen enthalten müssen, kommt die nachträgliche Ausschaltung jeder unbeschränkten Haftung also immer in einer Firmenänderung zum Ausdruck⁷. Die «société à responsabilité limitée» in Frankreich wie die GmbH. in der Schweiz müssen stets die Bezeichnung ihrer Rechtsform in der Firma enthalten⁸. In Deutschland darf wohl die das Unternehmen des Einzelkaufmanns bzw. der Personengesellschaft übernehmende Kapitalgesellschaft oder GmbH. die Firma des Vorgängers weiterführen⁹; sie muss jedoch einen auf die neue Rechtsform hinweisenden Zusatz beifügen¹⁰. Das neue italienische Handelsrecht kennt für diesen Tatbestand die gleichen Regeln wie das deutsche Recht¹¹.

³ Industrial and Provident Societies Act 1893 s. 5 V, Companies Act 1948 s. 2 I a. Umgekehrt darf das Wort «limited» nur von solchen Gesellschaften in ihren Handelsnamen gebraucht werden, die mit beschränkter Haftung registriert sind; Companies Act 1948 s. 439. Vgl. Westby-Nunn 338, Macnaghten 145, Robertson/Harker 454, Chance II 173, Smith 73.

⁴ Companies Act 1948 s. 68 II a und III; vgl. Smith 105, Chance II 199.

⁵ C. com. 29: «La société anonyme ... n'est désignée par le nom d'aucun des associés.» Gegen die Erwähnung der früheren Personennamen in einem Nachfolgesatz ist nichts einzuwenden; de Lanzac n. 48 zu C. com. 29.

⁶ OR 950 II.

⁷ C. com. 21, 23 II, 38; betreffend Firma des Einzelkaufmanns in Frankreich vgl. § 1 Z. II d. A. — OR 945 I, 947 I und III.

⁸ FranzG vom 7. März 1925 Art. 18; OR 949 II.

⁹ HGB 22. — Die Genossenschaft kann allerdings die Firma des Vorgängers nur dann übernehmen, wenn jener eine von einer Kapitalgesellschaft abgeleitete Firma führte, da sie keine Personennamen in die Firma aufnehmen darf, GenG 3 II. — Vgl. HGB 18 I, 19 I und II.

¹⁰ AktG 4 II, GmbHG 4 II und I Satz 3, GenG 3 I.

¹¹ nuovo co. civ. 2326, 2473 und 2515; Ferrara n. 78.

II. Die in bezug auf das Unternehmen täuschend gewordene Firma

A.

Bei einem nachträglichen Verstoß gegen das Prinzip der Firmenwahrheit ergibt sich im schweizerischen Recht eine Pflicht zur Anpassung der Firma schon aus Art. 944 OR¹², nämlich aus dem dort festgelegten Wahrheitsgebot an sich und aus dem ihm zugrunde liegenden Zweck der Verhinderung von Täuschungen¹³. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass die unwahr bzw. lückenhaft gewordene Firma zugleich eine weitere firmenrechtliche Vorschrift verletzt, welche in Art. 945 und Art. 947—950 OR enthalten ist¹⁴; dann kann die Pflicht zur Anpassung auch aus dieser Vorschrift hergeleitet werden. Alle diese Normen verfolgen den Zweck, einerseits das Publikum vor Täuschungen zu schützen und anderseits Vertrauen in die Firma zu schaffen. Diese Ziele können nicht erreicht werden, wenn man diese Normen nur bei der Bildung der Firma durchsetzt¹⁵. Greift niemand ein, wenn eine Firma nachträglich gegen eine solche Bestimmung verstößt, so wird entweder der Dritte getäuscht, weil er in Kenntnis der Norm auf den Inhalt der Firma vertraut, oder die Adressaten kennen diese Lücke in der Durchsetzung der Normen und rechnen zum vorneherein damit, dass eine Firma unrichtig sei. Im letzteren Falle wird wohl keine Täuschung verursacht; andererseits entsteht aber kein Vertrauen in die Firma, womit sich die Beschränkung der Freiheit des Unternehmers bei der Firmenbildung nicht rechtfertigt.

Das Marginale zu Art. 944—954 OR widerspricht dem Wortlaut nach dieser Auslegung des Gesetzes. Es lautet: «A. Grundsätze der Firmenbildung.» Es liegt aber kein Anhaltspunkt dafür vor, dass sein Sinn der sei, diese Artikel für die Firmenführung als unanwendbar zu er-

¹² Wieland I 181 und 193 ff., Siegmund in ZSR 16, 684, von Steiger 37, 39 und 42, His N. 150 zu OR 944. Ferner unter dem Gesichtspunkt der Firma als Handelsregistereintrag zwei nicht publizierte Urteile des Bundesgerichts vom 13. Juni 1939 (AG 12, 18) und vom 30. Oktober 1945 (Couchepin Nr. 93).

¹³ § 7 IV d. A.

¹⁴ Betr. das Verhältnis dieser Artikel zu OR 944 vgl. § 7 I und II d. A.

¹⁵ Marx 58 ist der Ansicht, dass (nach deutschem Recht) die Zusätze nur bei der Bildung der Firma den Tatsachen entsprechen müssen. Vgl. die gegenteilige und m. E. zutreffende Meinung bei Pisko 308, Wieland I 195, Düringer Anm. 14 zu HGB 22 und bei Marx selbst S. 54.

klären¹⁶. Im Gegenteil: a) Art. 953 Abs. 1 OR bezeichnet diese Normen ausdrücklich als «Vorschriften, die für die Bildung und Führung einer Firma aufgestellt sind». b) Die vier gesetzlichen Ausnahmen¹⁷ hätten keinen Sinn, wenn die erwähnten Vorschriften nur bei der Firmenbildung gelten würden. Ergebnis: Alle diese Normen sind sowohl Bildungs- als auch Führungsvorschriften.

B.

Weil das Prinzip der Firmenwahrheit nicht Vollständigkeit des Inhalts fördert¹⁸, ergibt sich eine Pflicht zur Aenderung der Firma nicht allein aus der Tatsache, dass eine Umwandlung im Unternehmen eingetreten ist¹⁹. Diese Pflicht besteht nur dann, wenn die Umwandlung eine Tatsache betrifft, die in der Firma bereits zum Ausdruck kommt oder nun gemäss Spezialvorschrift in ihr ausgesagt werden muss. Man erkennt die Bedeutung des Grundsatzes der Firmenklarheit als Ergänzung des Wahrheitsprinzips: Seine Ausgestaltung im positiven Recht entscheidet darüber, in welchem Umfange bei nachträglichen Strukturänderungen im Unternehmen Täuschungen von Dritten vermieden werden können. Andererseits darf der Firma nicht etwa die Funktion eines Handelsregistrauszuges zugewiesen werden, weil sie dann zu schwerfällig würde. Es gilt, auf Grund der Lebenserfahrung die häufigsten Täuschungsgefahren zu erfassen.

Eine weitere Begrenzung der Wirkung des Wahrheitsprinzips ergibt sich daraus, dass die Firma nicht abgeändert werden muss, wenn der alte Inhalt auch die neuen Tatsachen deckt. Das trifft bei zwei Fällen des Wechsels im Personenbestande des Unternehmens zu: a) Ein in der Firma genannter Gesellschafter bzw. Einzelkaufmann wird durch einen Gleichnamigen ersetzt²⁰. b) Die mit dem Zusatz «& Cie.» bezeichneten

¹⁶ Der Bundesrat bezeichnete in seinem Beschluss vom 6. April 1883 (BBl 1883 II 309) die entsprechenden Artikel des altOR als «Bestimmungen des Gesetzes über die Führung einer Firma».

¹⁷ § 10 III d. A.

¹⁸ Vgl. § 7 II d. A.

¹⁹ Bundesrat in Botschaft 1928 S. 103.

²⁰ Die französische Lehre verlangt in diesem Falle trotzdem eine Aenderung der Firma: Lyon-Caen II n. 155, Pic n. 394, Pouillet n. 970, de Lanzac n. 51 zu C. com. 21. Im berühmten «Heidsieck»-Fall (Paris 21. März 1887, D. P. 1888. 2. 167), auf den sich diese These stützt, wurde die Firmenänderung allerdings nicht zum Schutz des Publikums vor Täuschungen, sondern aus Rücksicht auf einen Konkurrenten verlangt. — Vgl. dagegen das ältere Urteil des Kassationshofes vom 10. Januar 1870, D. P. 1870. I. 62 (Clarou fils et Comp.).

Gesellschafter werden ausgewechselt²¹. In diesen beiden Fällen sind gerade wegen des durch den Wahrheitsgrundsatz geschaffenen Vertrauens in die Firma unter Umständen erhebliche Täuschungen möglich. Die Gefährlichkeit des Zusatzes «& Cie.» erhellt auch daraus, dass derart gebildete Firmen nicht abgeändert werden müssen, wenn ein mit «Cie.» bezeichneter Gesellschafter seine Haftung nachträglich beschränkt.

C.

Die Firma muss abgeändert werden, wenn der Firmeninhalt als Ganzes oder ein Teil desselben eine unwahre Aussage macht. Um entscheiden zu können, ob eine Aussage unwahr geworden ist, d. h. nicht mehr den Tatsachen entspricht, muss man ihren Sinn kennen. Liegt derselbe nicht eindeutig fest, so muss man auf den allgemeinen Sprachgebrauch und schliesslich auf die Verkehrsauffassung greifen, um ihn zu ermitteln²².

In den wichtigsten Fällen, in der Frage der Bedeutung von Personennamen in der Firma, hat der Gesetzgeber die Lösung vorweggenommen: Bei den Firmen der Einzelkaufleute und der Personengesellschaften muss bei Ausscheiden eines in der Firma genannten Unternehmers dessen Name gestrichen werden²³. Das OR geht offenbar von der Annahme aus, dass die Rechtsgenossen von einem Personennamen in solchen Firmen auf unbeschränkte persönliche Haftung schliessen. Das Gesetz trägt jedoch der Tatsache, dass vernünftigerweise angenommen werden kann, dass die in der Firma genannten Personen einen massgebenden Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben, keine Rechnung²⁴. Das Ausscheiden des Genannten aus der Unternehmensleitung muss nicht in der Firma zum Ausdruck kommen. Die Rechtsprechung schreitet nur dort ein, wo eine Mitarbeit des Namensträgers gar nie beabsichtigt worden und gar nie erfolgt ist: Strohmannfirmen werden nicht geschützt²⁵. Dagegen nimmt das OR an, dass die Adressaten von einem Personennamen in Verbindung mit einem Zusatz «A.-G.», «GmbH.» oder «Genossen-

²¹ Zu diesen beiden Fällen vgl. § 16 II A und C d. A.

²² § 7 II und III d. A., insb. Anm. 14 und 32 zu § 7.

²³ OR 948 I und 953 I in Verb. mit 945 I.

²⁴ Es dürfen auch solche Geschäftsinhaber in einer Firma mit Namen angeführt werden, die nicht Leiter des Geschäftes sind; BGE 51 I 340, 61 I 145.

²⁵ BGE 30 I 133 ff., 37 II 376, 39 II 42 ff., 40 II 132, 50 I 325 f.; ZR 4, 78; Germann Vorarbeiten 79 mit Verweisen auf weitere Autoren.

schaft» nur auf eine tatsächliche Beziehung schliessen²⁶. Der Austritt eines Namensgebers muss bei diesen Firmen nie zur Firmenänderung führen, da die Beziehung nach heutiger Auslegung auch eine frühere sein kann²⁷.

In Hinsicht auf die Rechtsform hat das Gesetz in dem Sinne die Bedeutung des Firmeninhalts festgelegt, als es für jede Rechtsform einen bestimmten Aufbau²⁸ oder gewisse Bestandteile der Firma²⁹ verlangt. Bei nachträglicher Änderung der Rechtsform muss die Firma also immer dann angepasst werden, wenn sie den für die neue Rechtsform geltenden Regeln nicht entspricht³⁰. Dagegen muss diese grundlegende Strukturwandlung in der Firma nicht zum Ausdruck kommen, wenn die bisherige Firma auch den neuen Anforderungen genügt, also bei Umwandlung einer Kollektiv- in eine Kommanditgesellschaft, falls die Firma mit dem Zusatz «& Cie.» gebildet ist, und die in ihr bezeichneten Personen Komplementäre werden³¹, ferner bei Umwandlung einer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft, sofern deren Firma nur aus einem Phantasiewort oder einer Sachbezeichnung besteht³².

Für den Sinn der übrigen Angaben in der Firma fehlt im Firmenrecht jeder Anhaltspunkt. Die Praxis beschäftigt sich vorwiegend mit der Firmenbildung, weil das nachträgliche Unrichtigwerden verhältnismässig selten ist. Diese Entscheide sind aber auch für unsere Frage wegleitend, da sich das Problem der Bedeutung des Firmeninhaltes in allen Fällen gleich stellt³³. Weitere Regeln findet man in den Instruktionen des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister «über die beschränkte Verwendbarkeit bestimmter Bezeichnungen... für die Firmenbildung» in SHAB Nr. 290 vom 11. Dezember 1935 S. 3043 f.

Gewerbepolizeiliche Spezialgesetze enthalten oft Legaldefinitionen. Diese legen die Bedeutung eines Wortes im Hinblick auf die besonderen

²⁶ OR 949 und 950.

²⁷ Vgl. § 10 II D d. A., ferner Hartmann 229, von Steiger 41 und 44, His N. 11 zu OR 949; Bundesrat in Botschaft 1928 S. 105, ExpKom 713 und 947 ff.; Bundesgericht am 10. Juli 1935 i. S. Eisenhandlung Frikart A.-G., AG 8, 41.

²⁸ OR 945, 947 I und II, 950 II.

²⁹ OR 949 II.

³⁰ Beispiel: Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH laut OR 824; His N. 13 zu OR 949.

³¹ OR 947 I in Verbindung mit 947 III und IV. — Vgl. § 16 II C d. A.

³² OR 950 I in Verbindung mit 950 II. — Vgl. § 16 III B d. A.

³³ Vgl. die Zusammenstellung dieser Entscheide bei Stampa Nr. 142 ff., Burckhardt Nr. 1553 ff., von Steiger 15 ff., His N. 69 bis 87 zu OR 944, Couchepin Nr. 65 ff., Lemp 86 ff., Usteri/Reimann zu Art. 944 (jüngste Praxis).

Probleme jenes Gesetzes fest. Somit ist es möglich, dass sich jene Begriffe nicht mit dem allgemeinen Sprachgebrauch decken. Ein deutliches Beispiel hiefür ist die weite Auffassung des Begriffes «Fabrik» in Art. 1 des BG betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914 und in Art. 1 der zugehörigen VVo, die wohl im Hinblick auf die besonderen Zwecke jenes Gesetzes gegeben ist, jedoch im Hinblick auf den landläufigen Begriff zu geringe Anforderungen stellt³⁴. Da im Firmenrecht der allgemeine Sprachgebrauch massgebend ist³⁵, können die Legaldefinitionen der gewerbepolizeilichen Spezialgesetze für die Bildung und Führung der Firma nicht schlechthin verbindlich sein. Sie sind nur dann zu beachten, wenn sie die Bedeutung des Wortes im allgemeinen Sprachgebrauch wiedergeben. Das eidgenössische Amt für das Handelsregister geht in den erwähnten Instruktionen zu weit, wenn es auf Seite 3043 sagt: «Sind einzelne Gebiete gewerblicher Tätigkeit durch Spezialgesetzgebung geordnet, so dürfen die dieses Gewerbe betreffenden Bezeichnungen nur verwendet werden, wenn dies im Einklang mit den besonderen Vorschriften des Gesetzes geschieht»³⁶. Das Bundesgericht hat durch seinen Entscheid in BGE 62 I 170 diese Ansicht des Handelsregisteramtes widerlegt³⁷: Der Betrieb der «Handelsmühle R. Mechel A.-G.» entsprach der Umschreibung in Art. 15 Abs. 1 des BG über die Getreideversorgung des Landes vom 7. Juli 1932 nicht mehr; trotzdem gestattete das Bundesgericht die Weiterführung dieser Firma auf Grund der Tatsache, dass die Angabe des Geschäftszweckes in bezug auf den allgemeinen Sprachgebrauch der Wahrheit entsprach. Die immer wieder³⁸ zur Bekräftigung der Ansicht, dass Legaldefinitionen in Spezialgesetzen für das Firmenrecht verbindlich seien, herangezogenen «Kursaal»-Entscheide stellen ebenfalls auf den allgemeinen Sprachgebrauch ab³⁹.

³⁴ Vgl. Anm. 26 hievor und dort im Text.

³⁵ von Steiger in AG 19, 49 f., Schneider 118, Stampa Nr. 150 und 151.

³⁶ Ernst Frey 93 begrüsst diesen Standpunkt, allerdings vom Gesichtspunkt seiner Fragestellung aus.

³⁷ Scharfe Missbilligung dieses Entscheides durch Herold in AG 9, 173.

³⁸ BGE 62 I 178 und die oben genannten Autoren.

³⁹ BGE 61 I 142 sagt ausdrücklich: «... bundesrätliche Verordnung über den Spielbetrieb in Kursälen vom 1. März 1929 ... Zwar schafft diese Verordnung an sich nicht Recht für die Handelsregistereintragungen, ... Allein die darin enthaltene Umschreibung des Kursaalbegriffes bestimmt tatsächlich doch in massgebender Weise, was in der schweizerischen Oeffentlichkeit unter Kursaal verstanden wird. In diesem Sinne hat daher das Bundesgericht den von der Verordnung aufgestellten Begriff schon in ... BGE 56 I 361 als allgemein gültig bezeichnet.»

Manche Firmen enthalten freiwillig eine Ortsangabe. Bei einer juristischen Person kann der Ort der tatsächlichen Geschäftsführung ein von demjenigen des statutarischen Sitzes verschiedener sein⁴⁰. Welcher Ort soll durch den Zusatz in der Firma bezeichnet werden? Für den Tauschpartner ist wichtig, den Ort des statutarischen Sitzes zu kennen, weil jener als Wohnsitz der juristischen Person gilt⁴¹. An diesem Ort⁴² kann sich also der Dritte aus dem Handelsregister weiteren Einblick in die Struktur des Unternehmens verschaffen⁴³, dort muss er die Betreibung anheben⁴⁴, dort hat er Klagen einzureichen⁴⁵, und dieser Ort gilt im Zweifel als Erfüllungsort für seine Geldschulden und für seine Ansprüche, die weder auf Geld noch auf eine bestimmte Sache gehen⁴⁶. Die Firma muss damit nur bei Verlegung des statutarischen Sitzes angepasst werden.

Häufig werden in der Firma Aussagen darüber gemacht, auf welche Geschäftszweige sich das Unternehmen erstreckt. Zweck und Geschäftstätigkeit werden sich in der Regel decken. Sie fallen auseinander, wenn im Verlaufe der Zeit bestimmte Tauschakte nicht mehr ausgeführt werden. Solange Absicht und Möglichkeit bestehen, diese Sparte der Tätigkeit später wieder aufzunehmen, ist der Zweck nicht verändert⁴⁷. Muss die Firma angepasst werden? Das Bundesgericht steht auf dem Standpunkt, dass bei der Bildung einer Firma der Zweck massgebend sei für die Beurteilung der Wahrheit solcher Angaben⁴⁸. Diese Ansicht sollte auch auf den Fall übertragen werden, wo später die Tätigkeit vorübergehend nicht dem in der Firma angegebenen Zweck entspricht. Es rechtfertigt sich nicht, zufolge wirtschaftlicher Schwankungen des täglichen Lebens Goodwillwerte zu zerstören. Wenn der Unternehmer aber gar nicht daran denkt, die aufgegebene Tätigkeit je wieder aufzunehmen, so soll er nicht durch unwahre Angaben die Tauschpartner irreführen⁴⁹.

Eine ausserordentlich wichtige Aenderung in der Struktur des Unter-

⁴⁰ Hartmann 207, Kreisschreiben des JPD vom 20. August 1937 in BBl 1937 II 816/7.

⁴¹ ZGB 56; Hafer N. 2 zu ZGB 56, Egger N. 2 und 3, 9 und 10 zu ZGB 56.

⁴² bzw. da, wo das Handelsregister für diesen Ort geführt wird.

⁴³ OR 934 und HRV 43; OR 640, 780 und 835; His N. 116 zu OR 934. Die juristische Person ist nur am statutarischen Sitz einzutragen, wenn auch OR 934 von «Hauptniederlassung» spricht, BGE 56 I 373 ff.

⁴⁴ SchKG 46 II; Jaeger N. 9 zu SchKG 46.

⁴⁵ Guldener 68 Anm. 10, Egger N. 4 zu ZGB 56.

⁴⁶ OR 74 Z. 1 und 3; Oser/Schönenberger N. 13 zu OR 74.

⁴⁷ BGE 62 I 175/6.

⁴⁸ BGE 55 I 339, 68 I 121 E. 3, 72 I 129; von Steiger in AG 8, 2 f.

⁴⁹ von Steiger 37, 39 und 42 stellt ebenfalls auf den Zweck ab; sinngemäss auch BGE 62 I 175 f.

nehmens ist der Eintritt einer Handelsgesellschaft in das Liquidationsstadium. Alle bisherigen Zwecke werden ersetzt durch den Zweck der Auseinandersetzung. Diese Umwandlung sollte immer in der Firma durch Anfügen des Zusatzes «in Liquidation» zum Ausdruck kommen, da sich der Dritte, insbesondere der Geldgeber, der Lieferant und der Arbeitnehmer, anders verhalten wird, wenn er davon Kenntnis hat. Schweigt die Firma, so wird er gegebenenfalls mit dem Firmenträger einen Vertrag abschliessen, den er vernünftigerweise mit diesem Partner nur im Vertrauen auf eine Weiterführung der Geschäfte eingehen kann⁵⁰. Die Pflicht des Firmenträgers zur Beifügung des Liquidationszusatzes kann aus Art. 944 OR hergeleitet werden, weil eine unveränderte Firma in diesem Fall eine Täuschungsgefahr verursacht. Für die Aktiengesellschaft wird diese Pflicht zudem in Art. 739 OR ausgesprochen; Art. 770 Abs. 2, Art. 823 und Art. 913 OR erklären, dass diese Norm auch für die Kommanditaktiengesellschaft, die GmbH. und die Genossenschaft gelte⁵¹. Der Ausdehnung des Geltungsbereiches von Art. 739 OR auf die Kommanditaktiengesellschaften steht die Tatsache nicht entgegen, dass in Art. 947, 948 und 951 OR die Firma der Kommanditaktiengesellschaft gleich behandelt wird wie diejenige der Kommanditgesellschaft. Es gibt keine Vorschrift, wonach die Firma der ersten in jedem Falle den gleichen Regeln wie die der letzteren untersteht. Das Fehlen einer entsprechenden Spezialvorschrift für die Firma der Kommanditgesellschaft kann sich nicht auf die Firma der Kommanditaktiengesellschaft auswirken⁵². Die Praxis sollte auch von den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften verlangen, dass sie in einem solchen Falle den Zusatz «in Liquidation» anfügen⁵³.

Die Führung eines Nachfolgezusatzes oder die Uebernahme einer Firma ist nur demjenigen erlaubt, der das Unternehmen des früheren Firmenträgers erwirbt⁵⁴. Diese Voraussetzung entstammt dem Wahrheitsprinzip und dem akzessorischen Charakter der Firma. Die gleichen Gründe for-

⁵⁰ Beispiele: Ein im Hinblick auf eine günstige Entwicklung des Unternehmens gewährter Kredit. Ein Sukzessivlieferungsvertrag. Ein Lizenzvertrag.

⁵¹ Oswald 56 Anm. 3, His N. 31 zu OR 937. Ähnliche Vorschriften enthalten HGB 153, AktG 210 III und 219 III, GmbHG 68 III.

⁵² von Steiger 40 geht in der Gleichsetzung der Firmen der beiden Gesellschaftsarten zu weit.

⁵³ His N. 31 zu OR 937 behauptet, dass dies schon heute feststehende Praxis sei. Das ist nicht wahr; meist fügen die Personengesellschaften diesen Zusatz indessen freiwillig bei; mündliche Auskunft von Steiger und Gahler.

⁵⁴ Vgl. § 10 II und III d. A.

dern auch, dass die Firma abgeändert wird, wenn eines jener Elemente, die beim Uebergang des Unternehmens als wesentliche erschienen, wegfällt. Die Firma darf demnach unverändert weitergeführt werden, wenn der neue Unternehmer weitere Geschäftszweige anfügt, sie muss aber angepasst werden, wenn er die frühere Branche verlässt⁵⁵.

Die Firma der sogenannten Einmanngesellschaft⁵⁶ ist, streng genommen, ebenfalls täuschend, da der Dritte aus ihrem Aufbau und Inhalt auf eine Mehrheit von Personen schliessen muss. Enthält sie die Bezeichnung der Rechtsform, so sagt sie zudem etwas Unwahres aus: «Gesellschaft» ist nach allgemeinem Sprachgebrauch nur eine Vielheit von Unternehmern. Sie müsste also gemäss Art. 944 OR abgeändert werden. Das ist aber unmöglich, da die «Gesellschaft», solange sie als solche im Handelsregister eingetragen ist, ihre Firma gemäss Art. 949 und 950 OR gestalten muss. Sie müsste also vorerst durch Verfügung des Richters aufgelöst werden, in einem Verfahren nach Art. 625 Abs. 2, Art. 775 Abs. 2 oder Art. 831 Abs. 2 OR.

D.

Wie in § 2 hievor erwähnt wurde, kann die Firma auch aus ausserhalb des Unternehmens liegenden Gründen unrichtig werden. Wenn neue gesetzliche Anforderungen an den Firmeninhalt gestellt werden, so erscheinen zahlreiche alte Firmen als unrichtig. Müssen diese Firmen abgeändert werden? Der Firmeninhaber macht auch hier seine Forderung auf unveränderte Beibehaltung der Firma geltend. Andererseits verursachen diese unrichtig gewordenen Firmen entweder eine Täuschungsgefahr oder verhindern die Vertrauensbildung⁵⁷. Die Gesetze versuchen in der Regel, diesen Interessengegensatz durch eine Mittellösung zu überbrücken: die bestehenden Firmen müssen erst nach einer gewissen Anlaufzeit den neuen Anforderungen genügen⁵⁸. Würden solche Uebergangsbestimmungen fehlen, so müssten diese Firmen sofort angepasst werden, denn diese

⁵⁵ ZR 32, 198; Wieland I 207, Düringer Anm. 4 und 10 zu HGB 22, Staub Anm. 10 zu HGB 22. Anderer Meinung ist ein anonymen Verfasser in ZHR 26, 13.

⁵⁶ Siegwart 11: «Ein ganz bedeutender Teil der bestehenden Aktiengesellschaften sind Einmanngesellschaften.»

⁵⁷ Schneider 15, sinngemäss auch Gierke in ZHR 45, 460 Anm. 5.

⁵⁸ OR Uebergangsbestimmungen Art. 8; HRV 121; Art. 52 I in Verb. mit Art. 1 III des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934; Art. 19 des BG zum Schutze öffentlicher Wappen etc. vom 5. Juni 1931; OR von 1881 Art. 902; EG zum HGB Art. 22.

Vorschriften sind nicht nur Bildungs-, sondern auch Führungsregeln (wie weiter vorne zu zeigen versucht wurde)⁵⁹.

Ändert sich die Praxis der Behörden⁶⁰, so erscheinen bestehende Firmen, die nachträglichen strengeren Anforderungen nicht genügen, als unrichtig⁶¹. Da aus den oben erwähnten Gründen vermieden werden soll, dass nach zweierlei Regeln gestaltete Firmen nebeneinander vorkommen, muss auch hier den Inhabern der bestehenden Firmen die Pflicht zur Firmenänderung auferlegt werden. Der Handelsregisterführer kann ihnen diesen Befehl jederzeit erteilen, da den Eintragungen im Handelsregister keine materielle Rechtskraft zukommt⁶². Er soll dabei aber billigerweise auf den Wert alter Firmen Rücksicht nehmen. Als Leitsatz diene ihm die kluge Äusserung des Bundesgerichts: «Unter Umständen muss eine einmal getroffene Verfügung doch rechtsbeständig bleiben, auch wenn sich ihre materielle Gesetzwidrigkeit herausgestellt hat, und zwar deshalb, weil eine nachträgliche Wiederaufhebung andere, inzwischen begründete Interessen verletzen würde, die ebenso schutzwürdig sind, wie die von der Anordnung verkannten»⁶³.

E.

Im Interesse der öffentlichen Ordnung muss der Gebrauch gewisser Bezeichnungen besonders überwacht werden. Zu diesem Zwecke haben Bund und Kantone eine Reihe von Vorschriften erlassen⁶⁴. Die Anwendbarkeit dieser Normen auf die Firmenführung kann im Hinblick auf den

⁵⁹ Die in Anm. 57 hievor angeführten Autoren gehen offenbar von der Auffassung aus, diese Normen regeln nur die Firmenbildung. Für sie sind deshalb die neuen Vorschriften auf die bestehenden Firmen nur anwendbar, wenn eine solche Uebergangsbestimmung aufgestellt wurde. Vgl. dagegen Art. 61 lit. b des BG über die berufliche Ausbildung vom 26. Juni 1930.

⁶⁰ Beispiel bei Schneider 14.

⁶¹ Beispiel aus der Praxis: Verschärfung der Voraussetzungen für die Erlaubnis nationaler Bezeichnungen, vgl. BGE 72 I 358 ff.

⁶² Stampa Nr. 147, BGE 56 I 363; Couchepin Nr. 93; Frey 93.

⁶³ Nicht veröffentlichtes Urteil vom 4. April 1933 i. S. Brupbacher & Cie. gegen JPD, zitiert nach Georges Sauser-Hall, Le transfer des sociétés anonymes de l'étranger en Suisse, Paris 1938, S. 33 Anm. 3.

⁶⁴ HRV 45 und 46, Art. 6 und 7 des BG zum Schutze öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen vom 5. Juni 1931, Art. 1 und 5 des BG betr. den Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes vom 14. April 1910, Art. 1 III und 15 I des BG über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, Art. 48 II des BG über die berufliche Ausbildung vom 26. Juni 1930, schliesslich Art. 7 der Verordnung des Bundesrates über die Kreditkassen mit Wartezeit vom 5. Februar 1935. Als Beispiel einer kantonalen Bestimmung diene der in BGE 65 I 277 angeführte § 43 der solothurnischen Sanitätsverordnung.

Vorbehalt der «öffentlichen Interessen» in Art. 944 OR nicht bezweifelt werden⁶⁵. Verbietet jedoch die Sondervorschrift die Verwendung eines solchen Wortes nicht ausdrücklich, so sind die von ihr aufgestellten Voraussetzungen für das Firmenrecht nur dann massgebend, wenn sie derart in das Bewusstsein des Publikums eingedrungen sind, dass es sich den Begriff der Sondervorschrift zu eigen gemacht hat (wie weiter vorne unter lit. C dargelegt wurde)⁶⁶. Ebenso darf der Handelsregisterführer die Verwendung einer Bezeichnung in der Firma nicht aus gewerbepolizeilichen Gründen verbieten; dafür ist nur eine entsprechende Sondervorschrift zuständig⁶⁷. Bei gewissen Verschiebungen in der Struktur des Unternehmens zwingen also diese Normen, unabhängig vom Firmenrecht, den Unternehmer zu einer Aenderung seiner Firma.

III. Die in bezug auf andere Firmen täuschend gewordene Firma

A.

Der nachträgliche Verstoss gegen das Gebot der Ausschliesslichkeit der Firma führt zu einer besonderen Interessenlage: Die Allgemeinheit verlangt als Schutz vor Täuschungen die Aenderung einer der beiden anklingenden Firmen. Jeder der beiden Firmeninhaber drängt auf Aenderung der Firma des andern; in dieser Hinsicht laufen also seine Interessen denen der Allgemeinheit parallel. In seinem Willen, die eigene Firma unverändert beizubehalten, stellt er sich ihnen auch in diesem Fall entgegen.

Eine Firma wird nur dann eingetragen, wenn sie sich von jeder bereits eingetragenen deutlich unterscheidet⁶⁸. Weshalb ist denn überhaupt ein nachträgliches Anklingen möglich? Der Grund ist folgender. Die Prüfung der Unterscheidbarkeit durch den Handelsregisterführer ist in drei Richtungen eine begrenzte: a) Sie ist nur eine formelle Ueberprüfung auf Grund der allgemeinen Erfahrung⁶⁹. b) Sie bezieht sich nur auf ein-

⁶⁵ BGE 65 I 277; Aeby in StenBull 1934 NR 789.

⁶⁶ Diese Voraussetzung war anscheinend bei Couchepin Nr. 69 erfüllt, vgl. die Ausführungen in BGE 62 I 178 f.

⁶⁷ BGE 72 I 127.

⁶⁸ OR 940 und 955, HRV 21; von Steiger 59 f., His N. 34 zu OR 946, N. 35 zu OR 951, N. 32 zu OR 940.

⁶⁹ Das amtliche Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde eignet sich nicht für eine verfeinerte Untersuchung, vgl. § 14 d. A., ferner His N. 34/36 zu OR 946, N. 11 zu OR 955, Jost Hartmann 45, Frey 68, Stampa Nr. 172 und 173, BGE 55 I 191, Couchepin Nr. 63.

getragene und eintragungspflichtige Firmen⁷⁰. c) Sie ist von Gesetzes wegen bei den Firmen der Einzelkaufleute und Personengesellschaften⁷¹ räumlich begrenzt.⁷²

B.

Verlegt ein Einzelkaufmann oder eine Personengesellschaft die Hauptniederlassung, so ist es möglich, dass die Firma am neuen Ort an eine andere anklingt. In diesem Falle ist das Prioritätsprinzip, bezogen auf diesen Ort, massgebend: der neu Zuziehende muss seine Firma ändern, denn, so sagt Art. 946 Abs. 1 OR, «eine im Handelsregister eingetragene Einzelfirma⁷³ darf von keinem andern Geschäftsinhaber an demselben Orte verwendet werden»⁷⁴. Das scheint die gerechte Lösung zu sein: Der neu Zuziehende hat den Konflikt durch sein eigenes Verhalten verursacht. Der Konkurrent am neuen Ort war bei der Bildung seiner Firma nicht verpflichtet, auf diejenige des andern Rücksicht zu nehmen, selbst wenn jene damals am alten Orte bereits eingetragen war.

Die gleiche Behandlung erfährt der Fall, wo am neuen Ort nur eine Zweigniederlassung eröffnet wird. Trotz der Vorschrift von Art. 952 Abs. 1 Satz 1 OR und Art. 70 Abs. 1 HRV darf für die Zweigniederlassung nicht die unveränderte Firma der Hauptniederlassung verwendet werden. Sie muss gegebenenfalls durch Zusätze derart ergänzt werden, dass keine Verwechslungen mit der am neuen Orte bereits bestehenden Firma zu befürchten sind⁷⁵.

Geben die erwähnten Firmen nur infolge Ausdehnung des Geschäftsbereiches des einen Unternehmens zu Verwechslungen Anlass, ohne dass sie am gleichen Ort in das Handelsregister eingetragen werden müssen, so versagt der Spezialschutz des Firmenrechts. Der Gesetzgeber war sich

⁷⁰ OR 940 I und 955 in Verb. mit OR 946 I und 951; His N. 11 zu OR 955, N. 34 f. zu OR 946.

⁷¹ Die mit Personennamen gebildete Firma der GmbH wird in bezug auf die Ausschliesslichkeit der Firma einer Personengesellschaft gleichgestellt, obschon sie im allgemeinen und auch in bezug auf die Bedeutung von Personennamen wie die Firma einer Kapitalgesellschaft behandelt wird (§ 10 II D und § 12 II C d. A.).

⁷² OR 940 I und 955 in Verb. mit OR 946 I und 951 I; His N. 18 zu OR 946, N. 12 zu OR 951.

⁷³ bzw. Firma einer Personengesellschaft oder GmbH (mit Personennamen), OR 951 I.

⁷⁴ Wieland I 195, Opet in ZHR 49, 108 mit weiteren Verweisen auf deutsche Literatur. Dieser Fall wird in der schweizerischen Literatur nirgends erwähnt.

⁷⁵ His N. 7 zu OR 952.

dieser Lücke bewusst und verwies deshalb in Art. 946 Abs. 3 OR ausdrücklich auf die Normen des unlauteren Wettbewerbes⁷⁶.

Für den Begriff des «Orts» in Art. 946 Abs. 1 OR sind einerseits die wirtschaftsgeographische Lage und anderseits der Sprachgebrauch massgebend. Abgesehen von seltenen Ausnahmen stimmt deshalb der «Ort» des Firmenrechts überein mit dem Gebiet einer politischen Gemeinde⁷⁷. Nach der Aufnahme einer Gemeinde in eine grössere Ortschaft ist es möglich, dass zwei ähnliche Firmen nachträglich gegen Art. 946 Abs. 1 bzw. Art. 951 Abs. 1 OR verstossen, indem der Registerführer auf Grund der Eingemeindung seiner Praxis einen neuen Ortsbegriff zugrundelegt⁷⁸. Beide Firmenträger haben ein schutzwürdiges Interesse an der Beibehaltung ihrer Firmen. Dem Inhaber der jüngeren Firma kann kein Vorwurf gemacht werden, da er vor der Aenderung der Praxis keine Rücksicht auf die Firma des Konkurrenten nehmen musste. Eine starke Verwechslungsgefahr besteht offensichtlich nicht; sonst hätte einer der beiden Konkurrenten den andern mit einer Klage aus UWG (entsprechend Art. 946 Abs. 3 OR) bereits zur Aenderung gezwungen. Auf Grund dieser Interessenlage rechtfertigt sich ein Eingreifen des Handelsregisterführers nicht. Die beiden Firmen sollen unverändert weiter nebeneinander bestehen⁷⁹.

Verlegt ein Unternehmer seine Geschäftstätigkeit in eine andere Branche, so treten oft Verwechslungen mit einer Firma ein, die schon lange neben der seinen ohne jede Störung bestanden hat⁸⁰. Es handelt sich hier um Firmen, die nur in wenigen, zunächst unwichtig scheinenden Punkten anklingen⁸¹. Die Verwechslungsgefahr konnte deshalb vom Handelsregisterführer bei seiner formellen Prüfung nicht eindeutig festgestellt werden; er hat die spätere Firma mit Recht eingetragen⁸². Nach

⁷⁶ Dieser Vorbehalt wäre nicht nötig gewesen, vgl. § 3 II d. A.

⁷⁷ His N. 19 zu OR 946; mündliche Auskunft von Gahler.

⁷⁸ Dazu wird er nicht kraft des politischen Aktes, sondern zufolge der in der Regel eintretenden Aenderung im Sprachgebrauch und in den wirtschaftsgeographischen Verhältnissen gezwungen. Vgl. Staub Anm. 3 a zu HGB 30 und Düringer Anm. 6 zu HGB 30.

⁷⁹ Zum gleichen Ergebnis gelangt Jost Hartmann 43, der aber von der unrichtigen Voraussetzung ausgeht, der Registerbezirk sei massgebend (vgl. dagegen His N. 20 zu OR 946). His hält in diesem Fall besondere Uebergangsbestimmungen für angebracht, ohne Richtlinien für deren Ausgestaltung zu geben, N. 22 zu OR 946.

⁸⁰ Burckhardt in ZSR 16, 509 f.

⁸¹ Beispiel (BGE 73 II 110): «Autogen Endress A.-G.» und «Max Müller-Endress».

⁸² His N. 35 zu OR 946, N. 35 zu OR 951, N. 45 und 46 zu OR 956; vgl. Anm. 72 hievor.

der bundesgerichtlichen Praxis verstösst die jüngere Firma gegen Art. 951 evtl. Art. 946 OR, indem schon bei Uebereinstimmung in charakteristischen Bestandteilen die genügende firmenrechtliche Unterscheidbarkeit verneint wird⁸³. Somit liegt hier nur scheinbar ein Fall des nachträglichen Unrichtigwerdens vor. Die spätere Firma hat vielmehr von Anfang an Art. 951 bzw. Art. 946 OR verletzt, denn das Kriterium der Ausschliesslichkeit vergleicht Firmen als solche, ohne Rücksicht auf die Branche⁸⁴. Dieser Mangel der einen Firma war aber bis zur erwähnten Umwandlung des einen Unternehmens nicht erkennbar⁸⁵. Deshalb muss hier die später eingetragene Firma der älteren weichen, ohne Rücksicht darauf, welche in der betreffenden Branche zuerst verwendet worden ist⁸⁶. Diese Lösung führt dann zu einer unbilligen Härte, wenn der Inhaber der jüngeren Firma zuerst in der betreffenden Branche tätig war. Kann er dann mit der Klage aus UWG den Träger der älteren Firma daran hindern, seinen guten Ruf als Vorspann zu benutzen⁸⁷? Diese Klage muss grundsätzlich zugelassen werden, denn es kann nicht der Sinn des Firmenrechts sein, eine wider Treu und Glauben verstossende Handlung zu schützen⁸⁸. Oft wird in solchen Lagen der Richter die Firmenschutzklage des Inhabers der älteren Firma auf Grund von Art. 2 Abs. 2 ZGB abweisen müssen⁸⁹.

C.

In allen angeführten Fällen sollte derjenige der beiden Konkurrenten seine Firma unverändert beibehalten können, dessen Interessen daran schutzwürdiger sind. Dieser Konflikt wird grundsätzlich nach dem den

⁸³ BGE 59 II 158 (gestützt auf zahlreiche ältere Entscheide), 61 II 123, 72 II 184/8, 73 II 112; Zürcher 83.

⁸⁴ BGE 38 II 645, 54 II 127, 59 II 161, 73 II 115; ZR 43, 279 (nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts) und 45, 202.

⁸⁵ Nur in diesem Sinne kann dem Wortlaut von BGE 73 II 116 zugestimmt werden: «... ist es möglich, dass der Inhaber einer Firma ... dieses Recht (im Sinn von Anspruch auf Aenderung der fremden Firma) in der Folge erlangt, wenn der Inhaber der jüngeren Firma nachträglich sein Konkurrent wird.»

⁸⁶ Burckhardt war in ZSR 16, 510 der Ansicht, dass der Inhaber der älteren Firma nur gegen Leistung einer Entschädigung vom Träger der jüngeren Firma deren Abänderung verlangen könne. Für eine generelle derartige Pflicht liegt aber im Firmenrecht kein Anhaltspunkt vor. Ob evtl. eine Schadenersatzpflicht aus OR 41 ff. besteht, kann erst im konkreten Einzelfall abgeklärt werden.

⁸⁷ UWG 1 d.; Germann 276 ff., von Burg 57 ff.; BGE 58 II 461 f., 70 II 250, 252.

⁸⁸ Vgl. § 3 II d. A., insb. Anm. 19 zu § 3.

⁸⁹ Egger N. 8, 12 und 23 zu ZGB 2.

ganzen gewerblichen Rechtsschutz durchziehenden Kriterium der Priorität entschieden. Weitere Kriterien können nur dann massgebend sein, wenn beide Firmen gleichzeitig eingetragen wurden⁹⁰. Sie können aber nie dem Prioritätsprinzip vorgehen⁹¹, denn das Anklingen von zwei Firmen ist in erster Linie nach Art. 951 bzw. Art. 946 OR zu beurteilen; diese Normen stellen allein auf die Priorität der Eintragung ab. Wohl aber dienen diese Kriterien oft zur weiteren Motivierung von Urteilen. Die Zumutbarkeit ist ein gefährlicher Maßstab. Es kann nur in Ausnahmefällen eindeutig festgestellt werden, welchem Konkurrenten die Abänderung der Firma weniger Schaden verursachen würde. Die Gefahr, den wirtschaftlich Stärkeren auf diese Weise unbillig zu bevorzugen, kann nicht von der Hand gewiesen werden. Ein brauchbares Kriterium ist dagegen in der Art der Berechtigung zur Führung eines Personennamens in der Firma zu erblicken. Das Recht am eigenen Familiennamen ist stets das stärkste. Dagegen vermag derjenige nicht aufzukommen, der den das Anklingen verursachenden Namen nur als Allianznamen⁹², vielleicht sogar nur kraft Art. 954 OR führt. Derjenige Inhaber, der diesen Namen auf Grund eines Nachfolgeverhältnisses verwenden darf, kann sich auf das Namensrecht seines Vorgängers berufen⁹³. Strohmännerfirmen werden nicht geschützt⁹⁴. Ein weiteres brauchbares Kriterium ist die Vermeidbarkeit des Anklingens⁹⁵: Der Familienname des Einzelkaufmanns muss in seiner Firma kraft gesetzlicher Vorschrift erscheinen, nicht aber derjenige eines Kollektivgesellschafters oder gar eines Aktionärs⁹⁶. Der Vorname ist nach schweizerischem Recht stets fakultativer Bestandteil der Firma⁹⁷.

D.

Die nach der Umwandlung auftretenden Verwechslungen mit einem fremden Unternehmen können auch daher rühren, dass die Firma nachträglich (z. B. in der neuen Branche) an ein anderes Unternehmenskenn-

⁹⁰ Wie in BGE 61 II 121.

⁹¹ Gleicher Meinung ist Jost Hartmann 50, leider ohne Begründung.

⁹² BGE 73 II 112.

⁹³ Egger N. 24 zu ZGB 29 a. E.

⁹⁴ Anm. 25 zu diesem §.

⁹⁵ Germann im ZBJV 72, 69 erachtet dieses Kriterium für UWG 1 d als massgebend. Es war entscheidend in BGE 61 II 124 für zwei gleichzeitig eingetragene Firmen. Die Praxis des Reichsgerichts stellte in einzelnen Fällen ebenfalls darauf ab, von Büren in SJZ 44, 67.

⁹⁶ OR 945 I, 947 I, 950 II.

⁹⁷ OR 945 I im Gegensatz zu HGB 18, BGE 23 II 1748.

zeichen des Konkurrenten anklingt: an seine Marke, seine Enseigne, seine Telegrammadresse oder sein Schlagwort⁹⁸. Hier wird die Frage, welches Zeichen zu weichen habe, durch die Regeln des UWG oder des Art. 28 ZGB entschieden, denn das Firmenrecht schützt die eingetragene Firma nur gegen Verwechslungen mit anderen Firmen⁹⁹, und das Markenrecht die eingetragene Marke nur gegen markenmässige Verwendung derselben durch einen Unberechtigten¹⁰⁰; Enseigne, Schlagwort und Telegrammadresse können als solche nie den Firmenschutz beanspruchen¹⁰¹. Der Firmenträger kann sich gegenüber einem Anspruch aus unlauterem Wettbewerb nicht darauf berufen, dass seine Firma den Normen des Firmenrechts entspreche und im Handelregister eingetragen worden sei¹⁰². Auch für die Feststellung der Priorität ist dann der Handelsregistereintrag nicht mehr unbedingt massgebend¹⁰³.

§ 13. Die Aufklärung der Allgemeinheit durch andere Mittel

Bei der Untersuchung der praktischen Lösung unseres Falles muss das Firmenrecht im Zusammenhang des gesamten Handelsrechtes betrachtet werden. Während einerseits die Firma nicht das einzige Mittel ist, um den Goodwill zu erhalten¹, kann anderseits das Publikum auch dadurch vor Täuschungen geschützt werden, dass man ihm durch andere Mittel den wahren Sachverhalt mitteilt.

I. Die öffentlichen Informationsmittel

A.

Das wichtigste ausserfirmenrechtliche Informationsmittel ist das Handelsregister. Es bildet in doppeltem Sinne eine Ergänzung der Firma:

⁹⁸ Fall eines ursprünglichen derartigen Anklingens in NZZ 1948 Nr. 463.

⁹⁹ OR 956 II, His N. 25 zu OR 956; BGE 37 II 49 f., 44 II 85. Eine Marke, die eine fremde Firma enthält, darf vom Eidg. Amt für geistiges Eigentum nicht eingetragen werden, MSchG 14 I Z. 4.

¹⁰⁰ BGE 51 I 340, 50 II 201, 55 II 345, 58 II 170, 60 II 255; Matter 31 und 224. Diese Praxis wird von David bekämpft, N. 5 der Einleitung und N. 8, 21 und 26 zu MSchG 24.

¹⁰¹ His N. 26 zu OR 944, N. 4 und 5 zu OR 956; Urteil des Bundesgerichts vom 3. Februar 1948 in NZZ 1948 Nr. 463; von Steiger 61 f.

¹⁰² Vgl. § 3 II d. A., insb. die dortige Anm. 19.

¹⁰³ His N. 68 zu OR 956.

¹ Vgl. § 11 d. A.

Zunächst besteht ein Zusammenhang zwischen dem System der Firmenfreiheit bzw. blosser Uebertragbarkeit und dem Handelsregister. Je besser das Handelsregister ausgebaut ist, um so eher kann das Wahrheitsprinzip entbehrt werden². Deshalb drängten alle Befürworter eines freieren Systems auf den Ausbau bzw. die Einführung des Handelsregisters³. In der Schweiz wäre jedenfalls diese Voraussetzung zur Einführung eines freieren Firmenrechts-Systems in hohem Masse erfüllt: Ein amtliches Ermittlungs- und Eintragungsverfahren sowie eingreifende Publikationswirkungen und Ordnungsbussen sorgen dafür, dass der Inhalt unseres Handelsregisters vollständig und wahrheitsgetreu ist⁴. Auch ist das schweizerische Handelsregister jedermann leicht zugänglich⁵. Italien führte zugleich mit der gesetzlichen Verankerung des gemischten Systems ein «registro delle imprese» ein⁶. England wurde durch die Auswüchse des Freiheitsprinzips zum Aufstellen von mehreren Gesellschaftsregistern⁷ und einem Firmenverzeichnis⁸ gezwungen. In das letztere müssen alle diejenigen Geschäftsnamen eingetragen werden, welche nicht aus dem wahren Namen des Einzelkaufmanns bzw. den wahren Namen sämtlicher Gesellschafter bestehen^{8a}. Die englischen Register können allerdings nicht in vollem Umfange die Aufgaben des Handels-

² Wieland I 179, Oudinot in Annales 26, 272 und 368, Eichholzer in SJZ 13, 311 und die dort angeführte Zürcher Verordnung von 1789, Graziani in Riv. 43 I 182 f., Thaller n. 217 (3^o), Vivante I n. 149 (S. 176), Ferrara n. 65, Wieser 12.

³ Munzinger 40, Locher 122, Baitry 59 und 293, Projekt der Société d'études législatives im Bulletin dieser Gesellschaft 1927 II (zitiert Schapira 97). Vgl. auch E zu einem schweizerischen Handelsrecht 1864 Art. 1 ff., E zum OR von 1875 und 1877 je Art. 903 ff.

⁴ Vgl. § 14 II d. A., insb. Anm. 30—35 zu § 14.

⁵ OR 930, HRV 9; His N. 13 und 17 ff. zu OR 930.

⁶ Nuovo co. civ. 2188—2202; vgl. § 9 d. A. Graziani in Riv. 43 I 183, Ferrara 177 Anm. 2 und 187, De Gregorio 70 und Valeri I n. 35 machen darauf aufmerksam, dass dieses Register noch nicht errichtet ist. In diesem Fall sind laut EG zum nuovo co. civ. 100 die bisherigen von den Gerichtskanzleien bzw. Handelskammern geführten Register weiter massgebend, vgl. co. com. 24 und italG vom 20. März 1910 Art. 58 ff.

⁷ Building Societies Act 1874 s. 3 und 9 ff., Friendly Societies Act 1896 s. 1 ff. (in der 1909, 1924, 1929 und 1948 ergänzten Fassung), Limited Partnerships Act 1907 s. 5 und 8 ff., Companies Act 1948 s. 12, 181 IV und 424 ff.; Lindley 912 und 920 ff., Westby-Nunn 334 f., Robertson/Harker (Bd. 15) 319 und (Bd. 17) 455, Robertson/Mackinnon 373.

⁸ Registration of Business Names Act 1916, Companies Act 1947 s. 58; Lindley 155 f., ferner 79, Roskill 553, Moulton 636, ferner Daynes 408 Anm. h.

^{8a} Als Beispiele aus der Praxis vgl. Seymour v. Chernikeef (1946) K. B. 434 ff. und Tower Cabinet Co. Ltd. v. Ingram (1949) 1 All E. R. 1035.

⁹ Eine ähnliche Regel wurde durch die Kommission von 1876 in den E II zum altOR eingefügt, vgl. dessen Art. 909 und His S. 227.

registers in unserem Sinne erfüllen, insbesondere wegen der vielen nicht-eintragspflichtigen Kaufleute und Handelsgesellschaften¹⁰. Hingegen besitzt Deutschland ein in seinem juristischen Aufbau dem schweizerischen gleichwertiges Handelsregister¹¹.

Man muss sich allerdings vor einer Ueberschätzung der Informationswirkung des Handelsregisters hüten. Auch wenn es öffentlich ist, nimmt das Publikum nur selten Einblick. Ferner werden sich solche Tauschpartner, die einmal das Handelsregister eingesehen haben, im weiteren Verlaufe der Beziehungen in der Regel auf die Firma verlassen.

Es ist nun aber nicht so, dass das Wahrheitssystem das Handelsregister entbehrlich machen würde. Das Gegenteil ist der Fall, und darin zeigt sich der zweite Zusammenhang zwischen Firma und Handelsregister: Soll der grosse Vorteil dieses strengen Systems, die vorsorgliche Verhütung von Täuschungen, erreicht werden, so ist es nötig, dass eine Behörde von Amtes wegen die Bildung und Führung der Firmen überwacht¹². Diese Aufgabe kann die Behörde erfüllen, wenn man die Unternehmer zur Anmeldung ihrer Firma und der Elemente ihres Unternehmens bei der Neugründung und bei jeder Umwandlung verpflichtet. In der Sammlung dieser für die Firmenkontrolle erforderlichen Kenntnisse liegt eine innere Funktion des Handelsregisters. Frankreich hatte bis 1919 mit der Einführung seines «registre du commerce» zugewartet¹³. Dieses ist heute noch ein für die skizzierten Aufgaben sehr wenig geeignetes Instrument, vor allem deshalb, weil die nötigen Sanktionen fehlen, um die Vollständigkeit seines Inhaltes zu gewährleisten¹⁴. Auch die bei der Gründung von Handelsgesellschaften zu beachtenden Publikationsvorschriften sind für die Durchsetzung der firmenrechtlichen Normen in Frankreich nicht genügend¹⁵. Es erstaunt uns deshalb nicht, wenn immer wieder festgestellt wird, dass im Ur-

¹⁰ Ernst Frey 28, Friese 199.

¹¹ HGB 8–16, FGG 125 ff. und Handelsregisterverfügung vom 12. August 1937. Friese 195 ff. ordnet das deutsche und das schweizerische Handelsregister dem selben Rechtskreis zu.

¹² Vgl. § 14 I d. A.

¹³ FranzG vom 18. März 1919 (tendant à la création d'un registre du commerce). insb. Art. 4–7.

¹⁴ Thaller n. 217, ferner n. 102, Pic n. 253 bis, Frey 28, Ripert (droit commercial) n. 214 und 218. — Ripert (capitalisme) 172 behauptet, dass sich trotzdem alle Kaufleute eingetragen hätten (1946).

¹⁵ FranzG vom 24. Juli 1867 Art. 55 ff. und franzG vom 7. März 1925 Art. 12 ff., beide in der durch Décret-Loi vom 30. Oktober 1935 abgeänderten Form. Vgl. Fouillet 65.

sprungsland des Wahrheitssystems viele unwahre Firmen geduldet werden¹⁶.

Ferner ist das Handelsregister in dem Sinne eine Ergänzung der Firma, als es dem Tauschpartner Kenntnisse vermittelt, die ihm die Firma nicht bieten kann, weil sie als gewerbliches Kennzeichen kurz und einfach sein muss¹⁷. Diese äussere Aufgabe steht ihm also auch unter dem System der Firmenwahrheit zu. Sie wird aus den oben angeführten Gründen ebenfalls besser vom schweizerischen als vom französischen Handelsregister erfüllt.

B.

Zur Ergänzung des Handelsregisters wird meistens ein amtliches oder privates Publikationsorgan beigezogen. Das schweizerische Handelsamtsblatt ist ein Beispiel für die erste Möglichkeit¹⁸. Dadurch wird die Wahrscheinlichkeit, dass die Mitteilungen des Handelsregisters wirklich zur Kenntnis der Tauschpartner gelangen, erhöht, ganz besonders dort, wo nicht ein Spezialorgan, sondern die Tagespresse benutzt wird, wie in Deutschland¹⁹. Die Presse kann auch als selbständiges Informationsmittel verwendet werden, wie in England die «Gazette»²⁰. Die Vollständigkeit des Inhalts wird in allen diesen Beispielen durch ähnliche Publikationswirkungen erzwungen, wie sie beim Handelsregister Anwendung finden.

II. Die unternehmensinternen Informationsmittel

Neben diesen öffentlichen Informationsmitteln stehen dem Unternehmer sämtliche privaten oder unternehmens-internen Informationsmittel zur Verfügung: er kann durch Anschläge im Lokal, durch Inserate in Zeitungen, durch Zirkulare an Geschäftsfreunde und Kunden, durch Abänderung seines Briefkopfes und anderes mehr die Tauschpartner auf die Umwandlung aufmerksam machen. Der ehrliche Unternehmer wird dies freiwillig tun.

¹⁶ Siegmund in ZSR 16, 575, Wieland I 205 Anm. 8.

¹⁷ Pic n. 391, Oswald 63 f., His N. 63 zu OR 944.

¹⁸ OR 931, 932 II, 956 I; Verordnung vom 7. Juni 1937 über das SHAB.

¹⁹ HGB 10 und 11; Staub Anm. 3 zu HGB 11, Düringer Anm. 1 zu HGB 11.

²⁰ Limited Partnerships Act 1907 s. 10, Partnership Act 1890 s. 36 II; Lindley 282 f. und 924.

Schreibt eine Rechtsordnung solche Massnahmen unmittelbar vor, so greift sie m. E. viel tiefer in die Privatsphäre des Unternehmers ein, als wenn sie ihn zur Aenderung seiner Firma zwingen würde. Die deutsche Gewerbeordnung verlangt, dass der wirkliche Name des Trägers einer abgeleiteten Firma am Geschäftslokal angeschrieben wird²¹. Das englische Gesetzesrecht zwingt zu noch weiter gehenden Ankündigungen innerhalb des Unternehmens: Auf sämtlichen Geschäftspapieren der Einzelkaufleute und Personengesellschaften müssen die wahren Familien- und Vornamen der Unternehmer erscheinen, sofern sie nicht Bestandteile der Firma bilden; ferner muss gegebenenfalls die ausländische Nationalität oder der frühere Name eines Unternehmers angeführt werden²². In gleicher Weise hat die englische Kapitalgesellschaft über ihre Direktoren Aufschluss zu erteilen²³; ausserdem ist sie von Gesetzes wegen dazu verpflichtet, ihre Firma, welche ja auf die Haftungsbeschränkung hinweisen muss²⁴, auf den Geschäftspapieren und in allen Geschäftslokalen in auffälliger Weise zu führen²⁵. Man bemerkt, dass das englische und das deutsche System in der praktischen Durchführung dem Unternehmer nicht ein solches Mass an Freiheit gewähren können, wie es den Anschein hat, wenn man die prinzipielle Lösung allein betrachtet.

Diese privaten Informationsmittel können auch zur Ergänzung der Wirksamkeit des Handelsregisters benutzt werden. So muss der französische Unternehmer auf allen seinen Geschäftspapieren den Ort und die Nummer seiner Eintragung im Handelsregister angeben²⁶. Und der englische Unternehmer, welcher eine eintragungspflichtige Firma²⁷ führt, muss die Bescheinigung des Eintrages in seinem Geschäftslokal anschlagen²⁸.

²¹ GewO 15 a; vgl. GewO 145 Z. 14 und Müller-Erbach 89.

²² Registration of Business Names Act 1916 s. 18 in Vb. mit s. 1, in der durch Companies Act 1947 s. 116 abgeänderten Form.

²³ Companies Act 1948 s. 201, dazu Moneylenders Act 1927 s. 4 I.

²⁴ Industrial and Provident Societies Act 1893 s. 5 V, Companies Act 1948 s. 2 I a; vgl. § 12 I d. A.

²⁵ Companies Act 1948 s. 108 und entsprechend Industrial and Provident Societies Act 1893 s. 12, 62 f. und 66.

²⁶ Art. 1 des FranzG vom 1. Juni 1923, abgeändert durch die FranzG vom 17. März 1924 und 7. März 1942; Thaller n. 217 bis, Ripert n. 217.

²⁷ Vgl. Ziffer I lit. A hiervor.

²⁸ Registration of Business Names Act 1916 s. 11.

§ 14. Die Erzwingung des Verkehrsschutzes

I. Die Art der Durchsetzung

Man kann die Allgemeinheit auf zwei Arten schützen: von Amtes wegen oder auf private Initiative hin. Das Prinzip der strengen Firmenwahrheit verlangt aus zwei Gründen die Durchsetzung *ex officio*¹: a) Sonst müsste der Adressat immer damit rechnen, dass die Firma unwahr ist. Es würde kein Vertrauen auf die Firma entstehen. Trotz dem Wahrheitsprinzip müsste der Tauschpartner stets Erkundigungen einziehen. Bei einer solchen Lage wäre jedoch die Beschränkung des Firmeninhabers bei Bildung und Führung der Firma nicht gerechtfertigt. b) Der Hauptvorteil des Wahrheitsprinzips liegt darin, dass es alle nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu erwartenden Täuschungen zum vorneherein verhindert². Dieser wird aber nur gewahrt, wenn die Firmenwahrheit präventiv durchgesetzt wird. Das wiederum ist nur möglich bei Durchsetzung *ex officio*, weil ein Privater in der Regel erst dann die Initiative ergreifen wird, wenn ihm bereits Schaden zugefügt worden ist. Deshalb verpflichtet Art. 955 OR³ die Handelsregisterführer dazu, von Amtes wegen über die Beobachtung der firmenrechtlichen Vorschriften zu wachen⁴. In Frankreich fehlt eine solche Kontrolle⁵, weshalb man dort trotz des Bekenntnisses von Gesetzgebung und Rechtsprechung zum strengen Wahrheitsprinzip zahlreiche unwahre Firmen treffen kann⁶. Diese Ueberwachung der Firmen kann auch einem Richter übertragen werden, wie es das deutsche Recht tut⁷.

Das System der Firmenfreiheit eignet sich nicht für diese Art der Durchsetzung. Bei ihm wird der Verkehrsschutz durch das reine Täuschungskriterium übernommen, das auf alle Besonderheiten des einzelnen Falles Rücksicht nimmt⁸. Diese schwierigen Fragen können nicht zum vorneherein entschieden werden. Man will das auch gar nicht; dem Firmeninhaber soll nur dann eine Fessel auferlegt werden, wenn

¹ Auf diesen Zusammenhang machte schon Haab 54 aufmerksam.

² § 7 III d. A.

³ Vgl. auch Art. 941 OR; His N. 3 zu OR 955 und Z. II hienach.

⁴ BGE 56 I 361, 62 I 119, 65 I 273, 73 II 181.

⁵ Pic n. 253 bis, Thaller n. 217 bis, Lyon-Caen II n. 679, Baitry 296.

⁶ Siegmund in ZSR 16, 575, Wieland I 205 Anm. 8.

⁷ HGB 37, auch 14 und 31 II; Einzelheiten in FGG 125 ff.; vgl. ferner HGB 8 und 29, AktG 303 und 304; Haab 55 f., Müller-Erzbach 91 f. Locher 28 zieht diese Lösung der schweizerischen vor.

⁸ § 8 IV d. A.

man sicher ist, dass ein schutzwürdiges Interesse diese fordert. Man wartet deshalb, bis von einem Verletzten ein entsprechender Antrag gestellt wird. Damit erreicht man allerdings nur einen repressiven Schutz des Verkehrs, einen solchen post factum. Weil der Entscheid darüber, ob eine Firma abzuändern sei, bei diesem System Kenntnis aller Einzelheiten des Falles erfordert und dem Ermessen des Entscheidenden grossen Spielraum lässt, wird diese Art des Schutzes am besten dem Richter anvertraut. In England⁹ ist diese Methode der Durchsetzung der Rechtsordnung i. a. und dem firmenrechtlichen System i. b. adäquat^{9a}. Dagegen entspricht sie in Frankreich¹⁰ nicht dem Wesen des gewählten Firmenrechts-Systems.

Auch die Schweiz muss zu dieser zweiten Schutzart greifen in den Fällen, wo eine formelle Prüfung nicht ausreicht¹¹. Hauptbeispiel: Der Handelsregisterführer muss prüfen, ob eine angemeldete Firma der Vorschrift von Art. 946 bzw. Art. 951 OR entspricht. Er darf die Eintragung aber nur dann verweigern, wenn diese Firma mit einer bereits eingetragenen Firma identisch oder derart ähnlich ist, dass die Verwechslungsgefahr eindeutig besteht. Jede Ueberprüfung, die ein differenzierteres Abwägen verlangt, muss er jedoch dem Richter überlassen¹². In diesem Sinne wurde auch die Beantwortung der Frage, ob eine Firma gegen das Verbot des unlauteren Wettbewerbes verstosse, dem Richter übertragen, entgegen dem Vorschlag des Bundesrates¹³. In diesen Prozessen kann die amtliche Vorprüfung zufolge ihrer Begrenztheit den Entscheid des Richters in keiner Weise beeinflussen¹⁴.

Art. 955 OR befiehlt dem Handelsregisterführer, «die Beteiligten zur

⁹ Vgl. § 8 d. A. und Z. II B hienach. Dazu Registration of Business Names Act 1916 s. 4 a. E. und Lindley 158.

^{9a} Ein Einbruch in diese Methode der Durchsetzung erfolgte 1947 dadurch, dass Companies Act 1947 s. 78 I (heute ersetzt durch Companies Act 1948 s. 17) dem Handelsministerium (Board of Trade) die Befugnis einräumte, die Bildung der Firmen von «companies» von Amtes wegen präventiv zu überwachen; diese Neuerung stellt aber zugleich ein Abweichen vom System der Firmenfreiheit dar. Die Rechtslage vor 1947 schildert Lord Reading in R. v. Registrar of Companies, ex parte Bowen (1914) 3 K. B. 1167.

¹⁰ Vgl. Anm. 5 hievor; dazu Lyon-Caen II n. 155 und Baitry 50.

¹¹ Stampa Nr. 172 und 173, BGE 55 I 191, Couchepin Nr. 63; Jost Hartmann 45, Frey 68.

¹² Vgl. § 12 III d. A., insb. Anm. 82 und 69 dazu. Ein Beispiel aus der Praxis ist ZR 23, 235.

¹³ Vgl. Hultegger in ExpKom 696 und 705, Scherer in StenBull 1934 NR 788 f. und Aeby daselbst S. 790, ferner StenBull 1935 StR 129. — Couchepin Nr. 64.

¹⁴ Siegmund Anm. 13 zu altOR 876, His N, 27 und 28 zu OR 956.

Beobachtung der Bestimmungen über die Firmenbildung anzuhalten». Diese Wendung hat nicht etwa den Sinn, dass der Handelsregisterführer nur bei der Bildung der Firma auf deren Gesetzmässigkeit zu achten habe. Gegen eine derart enge Auslegung sprechen folgende Gründe: a) Art. 875 altOR erteilte denselben Befehl, nannte indessen die Vorschriften des Firmenrechts «Bestimmungen über Eintragung, Löschung und Aenderung einer Firma». Die Revisionsorgane wollten am Sinn dieser Norm keine Aenderung vornehmen¹⁵. b) Art. 38 Abs. 2 HRV verfügt ausdrücklich, dass die Firma auch nach ihrer Eintragung die Prinzipien des schweizerischen Firmenrechts zu beachten habe¹⁶. c) Art. 60—63 HRV legen das Verfahren zur Ermittlung und Verbesserung nachträglich unrichtig gewordener Firmen von Amtes wegen fest¹⁷. Wohl aber kommt in dieser Formulierung von Art. 955 OR deutlich sein Gegensatz zu § 37 HGB zum Ausdruck¹⁸. Die deutsche Norm verpflichtet das Registergericht dazu, auch den tatsächlichen Gebrauch der eingetragenen Firma im Geschäftsverkehr zu kontrollieren¹⁹.

Trotzdem der schweizerische Handelsregisterführer von Amtes wegen die Abänderung unrichtiger Firmen verlangen muss, kommt ihm damit nicht die Aufgabe eines Gewerbepolizeibeamten zu. Er muss nicht etwa die Unternehmer fortwährend überwachen und die internen Vorgänge der Unternehmen auskundschaften²⁰. Von den Umwandlungen erhält er vielmehr in erster Linie Kenntnis durch die Anmeldungen des Unternehmers zur Aenderung von Handelsregistereinträgen, in zweiter Linie durch die Mitteilungen einer anderen Behörde²¹. Er ist nur zu jährlichen Anfragen an andere Behörden angehalten²². Oft gibt erst der Antrag eines in seinen Interessen Bedrohten den Anstoss zur Tätigkeit des Handelsregisterführers²³. Zuzufolge dieses Weges der praktischen Durchsetzung wird eine unbillige Härte des Wahrheitssystems gemildert: Gemäss je-

¹⁵ E I 940, E II 938, E des Bundesrates 936, Béguin in StenBull 1932 StR 63, StenBull 1934 NR 788 ff.

¹⁶ His N. 54 zu OR 956.

¹⁷ Näheres Z. II dieses §.

¹⁸ Béguin in StenBull 1932 StR 63.

¹⁹ Düringer Anm. 3 zu HGB 37, Staub Anm. 7 zu HGB 37, Müller-Erbach 92; Näheres in FGG 140.

²⁰ Hartmann 231 f., von Steiger 76 Anm. *), Frey 36 und 88, His N. 6—9, 12, 14—16 zu OR 955; DE in SJZ 21, 321.

²¹ Beispiele aus der Praxis: BGE 62 I 170, Verfügung der Justizdirektion Zürich vom 2. Juli 1948 i. S. «Vitasan A.-G.».

²² HRV 63 IV und JPD in BBl 1937 II 818.

²³ Frey 34, Beispiele aus der Praxis: SHAB Nr. 192 vom 18. August 1934, NZZ 1936 Nr. 1543.

nem strengen Grundsatz müsste auch eine unwesentliche sachliche Aenderung in der Struktur des Unternehmens zur Anpassung der Firma führen, wenn die entsprechende Tatsache zufällig in der Firma erscheint. Beispiel: das Material, aus dem das Produkt hergestellt wird²⁴. Solche Aenderungen müssen aber dem Handelsregisterführer nicht gemeldet werden, da die betreffenden Tatsachen nicht im Handelsregister eingetragen sind²⁵. Ein privater Antrag verpflichtet den Handelsregisterführer nur dann zum Eingreifen, wenn der Antragsteller in seinen berechtigten Interessen verletzt worden ist²⁶. In bezug auf solche Tatsachen nähert sich damit das System der Firmenwahrheit in der Praxis demjenigen der Firmenfreiheit: Eine Anpassung der Firma ist nur notwendig, wenn wirklich jemand beeinträchtigt worden ist.

II. Die einzelnen Zwangsmittel

Das Bild der praktischen Lösung ist erst vollständig, wenn untersucht worden ist, welche Rechtsnachteile denjenigen Rechtsgenossen treffen, der sich nicht freiwillig an die aufgestellten Normen hält. Die Sanktionen sind zum grossen Teil entscheidend für die praktische Auswirkung der gesetzlichen Regeln.

Einerseits kann der Unternehmer unmittelbar zur Abänderung der unrichtig gewordenen Firma gezwungen werden, indem ihm ein Befehl dazu erteilt wird, und indem durch entsprechende Zwangsmittel die verschiedenen Möglichkeiten, diesen Befehl zu missachten, unterbunden werden (lit. A hienach). Andererseits ist ein mittelbarer Zwang denkbar (B): Man lässt den Unternehmer gewähren, knüpft indessen an die Tatsache der Führung einer unrichtig gewordenen Firma gewisse Rechtsfolgen. Es bleibt ihm überlassen, die sich aus diesen Rechtsfolgen möglicherweise ergebenden Nachteile gegen die Vorteile der unveränderten Fortführung der Firma abzuwägen. Durch entsprechende Ausgestaltung dieser Rechtsfolgen wird der Unternehmer also indirekt zur Anpassung seiner Firma gezwungen.

Aus dem Wesen dieser beiden Arten von Zwang ergibt sich ein Zuordnungsverhältnis zu den Firmenrechts-Systemen. Der direkte Zwang

²⁴ Aeby in StenBull 1934 NR 789.

²⁵ Vgl. die Liste eintragungsbedürftiger Tatsachen in Anm. 28 hienach.

²⁶ Frey 34; BGE 65 I 274; vgl. auch HRV 57 II.

²⁷ § 12 II d. A. JPD in BBl 1937 II 818, His N. 150 zu OR 944.

ist dem Prinzip der strengen Firmenwahrheit adäquat, der indirekte eher demjenigen der Firmenfreiheit. Es kann also nicht überraschen, wenn das schweizerische Recht vorwiegend mit Mitteln des unmittelbaren Zwangs arbeitet, während in England in der Regel nur ein mittelbarer Zwang ausgeübt wird. Dagegen deckt sich die Zweiteilung der Zwangsmittel nicht mit den beiden Arten der Durchsetzung; direkte Zwangsmittel werden auch repressiv angewandt, auch der auf Antrag handelnde Richter kann dem Firmenträger einen Befehl erteilen.

A.

Ausgangspunkt für die Untersuchung der unmittelbaren Zwangsmittel des schweizerischen Rechts ist folgende Annahme: In einem dem schweizerischen Recht unterstehenden Unternehmen tritt eine Umwandlung in der Struktur ein. Diese betrifft eine Tatsache, die in der Firma ausgedrückt ist. Trotz seiner öffentlich-rechtlichen Anpassungspflicht²⁷ führt der Unternehmer die Firma unverändert weiter.

Meistens wird es sich um eine im Handelsregister eingetragene Tatsache handeln, da einerseits der Katalog der eintragungsbedürftigen Tatsachen²⁸ alle wesentlichen Elemente eines Unternehmens erfasst, und da andererseits beim heutigen Geldwert verschwindend wenige Unternehmen einen Rohertrag von weniger als 25 000 Franken ausweisen und demgemäss nicht eintragungspflichtig sind²⁹. Für die Vollständigkeit des Handelsregisters sorgen einerseits direkt das Verfahren der zwangsweisen Eintragung³⁰ und Ordnungsbussen³¹, anderseits indirekt verschiedene an das Fehlen einer Eintragung geknüpfte Rechtsnachteile: Für die Entstehung einer juristischen Person des Handelsrechts hat der Handelsregistereintrag konstitutive Wirkung³². Der spezielle Firmen-

²⁸ HRV 20 mit Verweis auf OR 934, 554, 596, 641, 764 II, 781, 836, 832 u. a. m., ferner auf HRV 40, 42, 43, u. a. m. Vgl. auch Jaquero 3 ff.

²⁹ HRV 54.

³⁰ HRV 57, 58, 62 und 63. Beispiele aus der Praxis: SJZ 20, 31 (Nr. 27) und MBVR 43, 351 f. Ein ähnliches Verfahren wurde 1942 in Italien eingeführt, nuovo co. civ. 2190. Das deutsche und das französische Recht kennen diese wirksamste Methode nicht; Düringer Anm. 1 zu HGB 14 und Staub Anm. 1 zu HGB 14 (der dies als «bedauerliche Lücke» bezeichnet), Müller-Erbach 67; FranzG vom 18. März 1919, Thaller n. 217 ter, Pic S. 319 Anm. 2. Diese Rechtsordnungen, wie auch die englische, suchen die Vollständigkeit des «Handelsregisters» allein mit Bussen zu erzwingen, HGB 14, FranzG vom 18. März 1919 Art. 18, Registration of Business Names Act 1916 s. 7.

³¹ OR 943; BGE 72 I 255; ähnlich nuovo co. civ. 2194.

³² OR 643, 764, 783, 838.

schutz steht nur dem Inhaber einer eingetragenen Firma zu³³. Eine nicht eingetragene eintragungspflichtige Tatsache kann dem unwissenden Dritten nicht entgegengehalten werden³⁴. Der Anmeldungspflichtige haftet für den aus dem Fehlen einer Eintragung entstandenen Schaden, sofern ihn ein Verschulden trifft³⁵.

Der Unternehmer hat damit gemäss Art. 937 OR und Art. 59 Abs. I HRV die Pflicht, die Aenderung dieser Tatsache beim Handelsregisteramt zum Eintrag anzumelden. Diese Anmeldung kann erzwungen werden^{36a}. Voraussetzung für das Zwangsverfahren ist allerdings, dass der Handelsregisterführer von der eintragungspflichtigen Aenderung Kenntnis erhält; er ist dabei, wie oben angeführt, auf Mitteilungen anderer Behörden und auf Anzeigen von Privatpersonen angewiesen.

Im Verlaufe dieses Abänderungsverfahrens wird der Handelsregisterführer feststellen, dass die Firma unrichtig geworden ist. Zur Abklärung heikler Fragen, etwa hinsichtlich der Bedeutung des Firmeninhaltes, wird er in der Regel bei Fachleuten ein Gutachten einholen³⁶. Alsdann fordert er den Unternehmer auf, die Firma abzuändern und so zur erneuten Eintragung anzumelden³⁷. Kommt der Firmenträger dieser Aufforderung nicht nach, so meldet der Handelsregisterführer den Fall der Aufsichtsbehörde³⁸. Diese ist befugt, den Wortlaut der Firma neu festzulegen und in dieser Form eintragen zu lassen³⁹.

Auch der Richter kann in einem Urteil dem Firmenträger den Befehl erteilen, die unrichtig gewordene Firma im Handelsregister löschen zu

³³ OR 956, 946 und 951; Huber in B I 220, von Steiger 61, His N. 2, 7, 8, 11, 24 und 67 zu OR 956; BGE 40 II 604, 66 II 263, 72 II 3, 73 II 181 f., ZR 41, 87. — Entsprechend für das deutsche Recht HGB 37 II in Verb. mit 30; Marx 18.

³⁴ OR 933 II; sogenannte negative Publizitätswirkung, His N. 29 zu OR 933. Eine ähnliche Folge knüpft s. 5 des Limited Partnerships Act 1907 an das Fehlen der Registrierung eines «limited partnership», Lindley 922, Smith 62, Chance II 28.

³⁵ OR 942.

^{36a} HRV 60; BGE 65 I 74/5.

³⁶ Eidg. Amt für das Handelsregister in SHAB Nr. 290 vom 11. Dezember 1935 S. 3044 und als praktisches Beispiel der von Krebs in AG 3, 138 angeführte Entscheid der bernischen Aufsichtsbehörde.

³⁷ HRV 60 I in Verb. mit 61. Beispiel einer solchen Aufforderung in BGE 72 I 358.

³⁸ HRV 60 II in Verb. mit 61, Beispiele aus der Praxis: Verfügung der Justizdirektion Zürich vom 2. Juli 1948 i. S. Vitasan A.-G., Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs in St. Gallen vom 27. Juli 1933 i. S. Seifenfabrik Berschis A.-G. Liste der Aufsichtsbehörden bei His N. 39 zu OR 927.

³⁹ HRV 60 und 61; so schon Art. 15 rev. Erg. Vo II; His N. 38 zu OR 937, N. 9 zu OR 941, von Steiger JK Karte 34 Sektion IX S. 1 und 2. — Beispiele aus der Praxis: SJZ 20, 31 (Nr. 27), MBVR 34, 351 (Nr. 136), SHAB Nr. 188 vom 14. August 1933 S. 1950.

lassen⁴⁰. Besteht eine Eintragungspflicht, so muss der Unternehmer eine neue Firma zur Eintragung anmelden; diese wird vom Handelsregisterführer zurückgewiesen, wenn sie einer Regel des Firmenrechts offensichtlich widerspricht⁴¹. Der Richter kann auch dem Handelsregisterführer selbst unmittelbar den Auftrag geben, die unrichtig gewordene Firma zu ändern⁴².

Solche Klagen beruhen in der Regel auf Art. 956 Abs. 2 OR. Klagegrund ist also der unbefugte Gebrauch einer Firma. Diese Klage wird heute gegeben, wenn irgend eine Norm des Firmenrechts verletzt wurde⁴³. Trotzdem eignet sie sich nicht als Garant für die Beobachtung der firmenrechtlichen Vorschriften schlechthin⁴⁴. Aktivlegitimiert ist nämlich nicht jeder Rechtsgenosse, sondern nur derjenige, der ein berechtigtes Interesse nachweisen kann; etwa derjenige, dessen Firma durch die unrichtig gewordene beeinträchtigt wird, oder derjenige, dessen Name in der unrichtig gewordenen Firma enthalten ist⁴⁵. Diese Aufteilung — Art. 956 OR zur Wahrung privater Interessen, Art. 955 OR zur Durchsetzung der firmenrechtlichen Normen um ihrer selbst willen — entspricht der in Ziffer I hievor aufgezeigten Zweiteilung der Schutzarten. — Klagen auf Unterlassung des Gebrauchs einer Firma sind ferner auf Grund von Art. 2 lit. b und c in Verbindung mit Art. 1 lit. b und d UWG⁴⁶ oder aus Art. 28 und 29 ZGB⁴⁷ möglich.

Ist auf irgend einem der aufgezeigten Wege eine richtiggestellte Firma im Handelsregister eingetragen worden, so besteht trotzdem noch die Möglichkeit, dass die Tauschpartner irreführt werden: Der Unternehmer verwendet weiter im Geschäftsverkehr die alte Firma. Dass diese Gefahr in Wirklichkeit besteht, beweist die Tatsache, dass zu ihrer Ver-

⁴⁰ HRV 67; Beispiele in BGE 40 II 128 und 602 und in BGE 59 II 164.

⁴¹ OR 940 und 955; His N. 32 zu OR 940.

⁴² HRV 67; JPD in BBl 1937 II 820. — His vertritt dagegen in N. 75 zu OR 940 den Standpunkt, der Auftrag des Richters sei für den Handelsregisterführer nicht verbindlich; er berücksichtigt jedoch HRV 67 nicht.

⁴³ Wieland I 212, von Steiger 62, His N. 27 und 34 zu OR 956, Eberle 57, Hunzinger 30 und 34; BGE 40 II 131, 51 II 505, 73 II 181, ZR 32, 198 f.

⁴⁴ wie Hunzinger 30 glaubt.

⁴⁵ Siegmund Anm. 12 zu altOR 876, Wieland I 213, Eberle 52 f. mit zahlreichen Zitaten aus der älteren Literatur, Schoenberg 354, Jost Hartmann 77, Hunzinger 42 und 151; BGE 32 II 398, 38 II 179.

⁴⁶ Germann Wettbewerb 87 ff. Vgl. § 3 II d. A., insb. Anm. 18.

⁴⁷ Egger N. 81 ff. zu ZGB 28, N. 4, 10 und 27 zu ZGB 29. Vgl. § 3 II d. A., insb. Anm. 18.

hütung Strafnormen aufgestellt werden mussten⁴⁸. Art. 2 HStG bedroht den Unternehmer, der eine mit dem Handelsregistereintrag nicht übereinstimmende Firma verwendet, mit Busse bis zu 20 000 Franken oder sogar Gefängnis bis zu 6 Monaten. In Wirklichkeit sieht diese Sanktion allerdings harmloser aus, da das HStG ausserordentlich selten angewendet wird, und weil die ausgefallten Strafen gering sind⁴⁹. Meistens muss der Täter freigesprochen werden, weil ihm keine Täuschungsabsicht nachgewiesen werden kann, und weil durch seine Firma keine erhebliche Täuschung bewirkt werden konnte⁵⁰. Das Erfordernis, dass die Täuschung «erheblich» sein müsse, soll dem Richter ermöglichen, in den Fällen keine Strafe zu verhängen, wo die Täuschung ein für alle mit der betreffenden Firma in Berührung tretenden Tauschpartner unwesentliches Element des Unternehmens betrifft⁵¹, wo also nur eine theoretische Täuschungsmöglichkeit besteht⁵². Diese Formulierung lässt dem Ermessen des Richters einen weiten Spielraum. In der Lehre wird versucht, einen festen Maßstab zu finden, indem gesagt wird, dass eine Täuschung dann erheblich im Sinne des HStG sei, wenn beim Adressaten der Firma ein Vermögensschaden entstehen könne⁵³. Diese Auslegung passt schlecht zum Geist des HStG, dessen Schutzobjekt die öffentliche Ordnung, nicht aber das Vermögen der Rechtsgenossen ist⁵⁴.

Das geschilderte Verfahren bezieht sich nur auf solche Firmen, die kraft gesetzlicher Pflicht oder freiwillig im Handelsregister eingetragen worden sind⁵⁵. Der Inhaber einer nicht eingetragenen Firma wird nur durch die unten zu erwähnenden indirekten Zwangsmittel und durch die Strafdrohung des Art. 3 HStG zu einer Anpassung seiner Firma gezwungen⁵⁶. Besteht eine Eintragungspflicht, so greift zudem das Verfahren der Eintragung von Amtes wegen ein⁵⁷. Die erwähnte Strafnorm

⁴⁸ Siegmund in ZSR 16, 801, Huber in B I 220 f., Bundesrat in BBl 1921 III 267 ff., Ludwig in ZSR 44, 5 a, Hunzinger 142, Meyer in StenBull 1923 NR 317, Hildebrand in StenBull 1922 StR 124 f.

⁴⁹ Vgl. Béguin in StenBull 1932 StR 62 und die Tabellen bei Weisbrod 126 ff. Diese Verhältnisse haben sich bis heute nicht verändert, mündliche Auskunft von Steiger und Gahler.

⁵⁰ Von Steiger in ZBJV 74, 323 macht diesen Strafbefreiungsgrund dafür verantwortlich, dass die Sanktionen des HStG ungenügend seien.

⁵¹ Vgl. § 6 I d. A.

⁵² Huber in StenBull 1923 NR 346.

⁵³ Weisbrod 109, von Steiger 79.

⁵⁴ Huber in B I 220, Bundesrat in BBl 1921 III 269 ff., Hildebrand in StenBull 1922 StR 124 ff.

⁵⁵ OR 934 I bzw. II.

⁵⁶ Beispiel aus der Praxis in AG 18, 212.

⁵⁷ Vgl. oben und Anm. 30 zu diesem §.

setzt jedoch das von Art. 944 OR aufgestellte Wahrheitsprinzip für die nicht-eingetragene Firma nur zum Teil durch. Eine Voraussetzung dafür, dass der vorgesehene Zwang ausgeübt wird, ist nämlich die, dass tatsächlich eine Täuschung zu befürchten ist. Wahrheitsgrundsatz und Täuschungskriterium sind indessen nicht identisch⁵⁸. Hier wie im Falle von Art. 2 HStG kann der Richter neben der Ausfällung einer Strafe die instrumenta sceleris einziehen, etwa die Geschäftspapiere oder den Ladenschild⁵⁹. Trotzdem der Handelsregisterführer dem Strafrichter Vergehen gegen die Normen des HStG melden soll⁶⁰, wird Art. 3 in der Regel auf Antrag eines Privaten hin angewendet werden; der Registerführer kommt ja mit den nicht-eingetragenen Firmen kaum in Berührung⁶¹.

Schliesslich kann in qualifizierten Fällen durch Verwendung einer unrichtig gewordenen Firma ein Tatbestand des allgemeinen Strafrechts erfüllt sein, vor allem derjenige des Betruges⁶². Dann zwingen jene Sanktionen den Firmenträger zu einem korrekten Verhalten.

B.

Das m. E. zweckmässigste mittelbare Zwangsmittel ist die Haftung gemäss dem erzeugten Schein: Jede Person, auf deren unbeschränkte Haftung der Tauschpartner aus der Verwendung einer Firma mit Recht schliessen kann, haftet demselben unbeschränkt, sofern dieser Schein mit ihrem Wissen erzeugt wurde⁶³. Diese Sanktion erscheint stets in Verbindung mit dem System der Firmenfreiheit; so findet man sie in England (siehe unten), in dem Entwurf von Munzinger⁶⁴ und in den drei ersten Entwürfen zum altOR⁶⁵. Aber auch die Länder der absoluten

⁵⁸ § 7 III d. A.

⁵⁹ HStG 5; von Steiger JK Karte 249 Sektion IX S. 4.

⁶⁰ His N. 24 zu OR 955, Frey 36. Vgl. die kantonalen StPO, z. B. Zürich (vom 4. Mai 1919) § 21 und Basel-Stadt (vom 15. Oktober 1931) § 226.

⁶¹ von Steiger JK Karte 249 Sektion IX S. 3.

⁶² StGB 148, weiter 149 und 251 II; Hunzinger 147, His N. 113 zu OR 956. Die französischen Autoren legen auf diese Sanktion grosses Gewicht, Thaller n. 339, Pic n. 395, Fouillet 104, Baitry 50. — Dagegen machen die schweizerischen Handelsregisterbehörden von StGB 292 keinen Gebrauch, da die Ordnungsstrafen des OR in allen Fällen genügen (mündliche Auskunft); BGE 73 IV 129 lehnt die Anwendung dieser subsidiären Bestimmung ab, wenn besondere Ungehorsamsstrafen zur Verfügung stehen.

⁶³ Die von Frey 18 ff. in bezug auf den unrichtigen Handelsregistereintrag entwickelte «Lehre vom Rechtsschein» beruht auf ähnlichen Gedanken; vgl. dazu Friese 196 linke Spalte.

⁶⁴ Art. 52 II; Munzinger 106.

⁶⁵ E 1871 Art. 616, E 1875 und 1877 je Art. 594.

oder relativen Firmenwahrheit greifen zu dieser mittelbaren Sanktion: Art. 28 C. com.⁶⁶, Art. 607 OR⁶⁷ und Art. 2314 Abs. 2 nuovo co. civ.⁶⁸ sprechen diese Regel für einen wichtigen Fall aus: Beschränkt ein Kollektivgesellschafter oder Komplementär nachträglich seine Haftung, ohne dass sein Name aus der Firma verschwindet, so haftet er weiter unbeschränkt⁶⁹. Die französische Lehre leitet ausserdem aus Art. 1382 C. civ. die Haftung eines jeden Dritten ab, der duldet, dass sein Name in einer Firma erscheint⁷⁰.

Die sogenannte Lehre (doctrine) vom «holding out»⁷¹ ist ein Teil der englischen Beweisregeln⁷². Wer einen Rechtsschein erzeugt hat, wird vom Gegenbeweis ausgeschlossen (estopped)⁷³. Wer also veranlasste oder duldete, dass jemand als sein Vertreter auftrat, darf nicht beweisen, dass jener ohne Vollmacht handelte (agency by estoppel)⁷⁴. Demgemäss haftet ein Einzelkaufmann für die Geschäftsschulden seines Nachfolgers, wenn er duldet, dass jener die alte Firma unverändert weiterführt, ohne die Geschäftsfreunde auf den Unternehmerwechsel aufmerksam zu machen. Ebenso kann ein Gesellschafter, der nachträglich seine Haftung beschränkt oder austritt, diese Tatsache den Geschäftsfreunden nicht entgegenhalten, wenn sie in berechtigtem Vertrauen auf die unveränderte Firma der Gesellschaft Kredit geben (partnership by estoppel)⁷⁵. Die auf diesem Wege gewonnenen Resultate spiegeln den grossen Vorteil des Fallrechts und des Systems der Firmenfreiheit (ergänzt durch das Täuschungskriterium) wieder: Es wird jeder Besonderheit des praktischen Falles Rechnung getragen. Beispiele: Tauschpartner, die nach dem Austritt des Gesellschafters neu mit der Firma in Berührung treten, können sich nicht an ihn halten, da sie keinen Grund haben, aus dieser Firma

⁶⁶ in Verbindung mit C. com. 25 und 27; Thaller n. 339, Pic n. 395, de Lanza n. 52 zum FranzG vom 24. Juli 1867, Art. 61.

⁶⁷ His N. 28 zu OR 953.

⁶⁸ entsprechend früher co. com. 114 III; Gaetano n. 11.

⁶⁹ Eine ähnliche Regel findet man schon im 16. Jahrhundert in den Statuten von Genua, vgl. Erlanger 40 und Fouillet 16.

⁷⁰ Thaller n. 339, Pic n. 395, de Lanza n. 32 zu C. com. 21, Fouillet 82 und 104, Baity 50; Bordeaux 18. November 1907, S. 1908. 2. 295.

⁷¹ Partnership Act 1890 s. 14; Moulton 621.

⁷² Lindley 68 f., Vaisey 399 ff., Chance I 12, Pollock 50, Byrne in Walter v. Ashton (1902) 2 Ch. 294; vgl. auch Mollwo, March & Co. v. The Court of Wards (1872) 4 P. C. 435.

⁷³ Vaisey 398, Chance I 12.

⁷⁴ Vaisey 488 f., Chance I 134.

⁷⁵ Partnership Act 1890 s. 14 und 36; Lindley 71 und 919, Smith 18 Anm. r und 37 mit zahlreichen Entscheiden, Daynes 409, Chance II 14.

auf seine persönliche Haftung zu schliessen⁷⁶. Auch der alte Geschäftsfreund kann sich nicht auf jenen Rechtsschein berufen, wenn er für sein Verhalten nicht kausal war⁷⁷. Ist aber das Vertrauen des Dritten auf die Haftbarkeit des früheren-Gesellschafters bzw. Geschäftsherrn berechtigt und entscheidend, so ist es gleichgültig, ob der Name desselben in der Firma enthalten ist oder nicht⁷⁸.

Auf die selben Grundgedanken geht die ebenfalls in England entwickelte Regel zurück, wonach Personen, welche für eine Kapitalgesellschaft einen Wechsel, Check oder ähnliches Papier unterschreiben, auf welchem die Firma der Gesellschaft gar nicht oder nicht korrekt erwähnt ist, aus dieser Unterschrift persönlich haften⁷⁹; die Firma der englischen Kapitalgesellschaft muss ja von Gesetzes wegen die Gläubiger auf die Haftungsbeschränkung aufmerksam machen⁸⁰.

Ein weniger zweckmässiges Mittel, um den Unternehmer mittelbar zur Anpassung der Firma zu zwingen, ist die Ungültigkeit der unter einer unrichtigen Firma abgeschlossenen Rechtsgeschäfte⁸¹. Diese Lösung zerstört; die Auseinandersetzung zwischen den Parteien ist für beide Teile unangenehm, da manchmal empfangene Leistungen nicht mehr zurückerstattet werden können. Oft wird der Fall eintreten, dass der Getäuschte auf Grund veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse durch die Ungültigerklärung des Rechtsgeschäftes noch mehr geschädigt wird. Die Haftung gemäss dem erzeugten Schein dagegen schützt das Vertrauen; der Getäuschte wird in die Lage eingesetzt, in der er sich befinden würde, wenn sein Vertrauen angebracht gewesen wäre; der für die Täuschung Verantwortliche trägt in jedem Falle den Nachteil.

⁷⁶ Carter v. Whalley (1830) 8 L. J. 341 (King's Bench), Levy v. Walker (1879) 10 Ch. 447 (Jessel), Re Fraser (1892) 2 Q. B. 638 f., Tower Cabinet Co. Ltd. v. Ingram (1949) 1 All E. R. 1033 ff.

⁷⁷ Dies folgt aus Stables v. Eley (1825) 171 E. R. 1339 in Vb. mit Smith v. Bailey (1891) 2 Q. B. 406, ferner aus Baird v. Planque and another (1858) 175 E. R. 756.

⁷⁸ Farrar v. Deflinne (1844) 2 L. T. 401. Mulford v. Griffin and another (1858) 175 E. R. 665 f., The Western Bank of Scotland v. Needell (1859) 175 E. R. 809 f.

⁷⁹ Companies Act 1948 s. 108 a. E.; als Fälle aus der Praxis vgl. dazu Penrose v. Martyn (1858) 28 L. J. 28 ff. (Queen's Bench), Atkins & Co. v. Wardle and others (1889) 58 L. J. 377 ff. (Queen's Bench), F. Stacey & Co. Ltd. v. Wallis and others (1912) 106 L. T. 544 ff.

⁸⁰ Vgl. § 12 I d. A., insb. Anm. 3.

⁸¹ Für die Nichtigkeit treten französische Autoren wie Fouillet 104 f. und de Lanzac n. 15 zu C. com. 21 ein, dagegen die deutsche Lehre und Rechtsprechung: Wieland I 200, Müller-Erzbach 92, Erlanger 62, Wieland in ExpKom 721; ROHG 9, 215; 22, 71 f.; RGE 70, 209 f.

5. KAPITEL:

KRITISCHE PRÜFUNG DER SCHWEIZERISCHEN LÖSUNG

§ 15. Die kritische Prüfung des gewählten Systems

I. Stellung und Mängel des schweizerischen Systems

Das Prinzip der absoluten Firmenwahrheit ist das strengste der drei firmenrechtlichen Systeme. Die praktische Durchführung desselben im schweizerischen Recht verschärft dessen Härten dadurch, dass sich unsere Rechtsordnung den deutschen umfassenden Firmenbegriff angeeignet hat¹. Diese Verbindung von strengstem System mit umfassendstem Begriff hat zur Folge, dass die Schweiz die höchsten Anforderungen an die Unternehmer in bezug auf Bildung und Führung der Firma stellt. Einerseits ist die Schweiz das einzige Land des deutschen Rechtskreises, welches das französische Firmenrechtssystem angenommen hat². Andererseits wirkt sich der Wahrheitsgrundsatz in Frankreich nicht so hart aus wie in der Schweiz³, weil er dort nur für den Kern der Firma der Personengesellschaft im Gesetz ausgesprochen ist; für die übrigen Firmen bzw. Firmenbestandteile gilt er nur gemäss einer fortgesetzten Rechtsprechung, die sich den Erfordernissen der wirtschaftlichen Entwicklung elastisch anpassen kann⁴. Ferner ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass in der Schweiz die Firmen weitgehend vom Handelsregisterführer überwacht werden, während in Frankreich eine solche Kontrolle fehlt⁵; diese Tatsache trägt ebenfalls dazu bei, dass die schweizerische praktische Lösung die strengste aller fünf verglichenen ist.

Bei dieser Stellung des schweizerischen Firmenrechts sind die Nachteile und Mängel des Wahrheitssystems besonders deutlich spürbar. Wie wir gesehen haben, besteht der Hauptnachteil dieser Lösung darin, dass sie zahlreiche Goodwillwerte zerstört, indem die Mehrzahl aller wichtigen

¹ § 1 I und II d. A.

² Wieland I 180, Hartenstein 416, Siegmund in ZSR 14, 337.

³ Schlupp 6 und 34.

⁴ § 7 I d. A.

⁵ § 14 I d. A.

und oft sogar unwesentliche Strukturänderungen im Unternehmen zu einer Abänderung der Firma führen⁶. Dadurch werden schutzwürdige Interessen der Unternehmer verletzt⁷. Die Schweizer fühlen sich durch ihr Firmenrecht unter Umständen im wirtschaftlichen Kampf gegen Unternehmer, die einem freieren Firmenrechtssystem unterstehen, behindert⁸.

Die Firmenträger haben zur Vermeidung dieses Nachteils Auswege gefunden, die oft unerwünschte Folgen nach sich ziehen:

a) Man verwendet zur Firmenbildung nach Möglichkeit Phantasieworte oder farblose Allgemeinbegriffe, da solche Firmenbestandteile nie unrichtig werden⁹.

b) Die schweizerische Lösung fördert die Bildung von anonymen Gesellschaften, weil deren Firmen auch dann Personennamen enthalten dürfen, wenn der Namensträger nicht mehr Gesellschafter ist¹⁰. Dadurch trägt das Firmenrecht, wenn auch nur in ganz bescheidenem Masse, zum Verschwinden der persönlichen Verantwortung aus dem Wirtschaftsleben bei. Diese Auswirkung ist unerwünscht.

c) Teilweise werden groteske Wege zur Umgehung der Härten unseres Firmenrechts gefunden, wie im bekannten Fall der Kollektivgesellschaft «Siber, Hegner & Co.»¹¹: Nach dem Tode von Hermann Siber stellt Robert Hegner mit Erfolg ein Gesuch um Namensänderung; er führt in Zukunft den Vornamen «Siber». Somit darf er seine unrichtig gewordene Firma weiterführen; er muss nur das Komma weglassen.

d) Früher verlegten oft Unternehmer ihre Hauptniederlassung ins Ausland, insbesondere nach England, um ihre unrichtig gewordenen Firmen beibehalten zu können¹². Diese von der schweizerischen Volkswirtschaft und vom Fiskus aus gesehen unerwünschte Flucht wurde 1918 weitgehend um ihre firmenrechtliche Wirkung gebracht und verlor damit ihren Anreiz. Die schweizerische Gesetzgebung verlangt nämlich seither von den

⁶ § 5 III und § 12 d. A.

⁷ Jost Hartmann 19.

⁸ Grünbaum 36 f.

⁹ Nach den Aussagen schweizerischer Handelsregisterführer sind solche Firmengründungen heute bevorzugt.

¹⁰ Bachmann in ExpKom 699; Beispiel aus der Praxis: «Walo Bertschinger A.-G.» in NZZ 1947 Nr. 1695 und SHAB Nr. 177 vom 1. August 1947 S. 2202.

¹¹ SHAB Nr. 84 vom 31. März 1921 S. 646; Bachmann in ExpKom 699, His N. 3 zu OR 953, von Steiger in JK Karte 132 Sektion IX S. 1.

¹² NZZ 1935 Nr. 822, von Steiger in JK Karte 132 Sektion IX S. 1; bekanntestes Beispiel aus der Praxis war die Kommanditgesellschaft «Gebr. Volkart» in Winterthur, SHAB Nr. 10 vom 13. Januar 1893 S. 39.

Firmen der Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen, dass sie den Ort der Haupt- und denjenigen der Zweigniederlassung sowie die ausdrückliche Bezeichnung als Zweigniederlassung enthalten¹³.

Ein weiterer Nachteil des Wahrheitssystems liegt darin, dass dieses Prinzip allein nicht alle Täuschungen zu verhindern vermag¹⁴. Hauptbeispiel ist die Irreführung durch gleichnamige Firmenträger. Diese übernehmen die Firma eines Namensvetters oder bilden eine mit einer gelöschten gleichlautende Firma, ohne das Wahrheitsprinzip zu verletzen, täuschen dadurch aber unter Umständen ihre Partner¹⁵. Eine Täuschung wirkt sich beim Wahrheitssystem aus zwei Gründen besonders gefährlich aus: a) Diese Lösung schafft beim Publikum Vertrauen in den Firmeninhalt. b) Der Wahrheitsgrundsatz drängt das Täuschungsverbot weitgehend in den Hintergrund, da er den Schein erweckt, alle möglichen Täuschungen seien zum vorneherein ausgeschlossen; aus diesem Grunde wird oft bei einer «Irreführung trotz Firmenwahrheit» nicht eingeschritten.

Angesichts dieser Nachteile und Mängel ist es begreiflich, dass das schweizerische Firmenrechtssystem immer wieder angegriffen und bekämpft worden ist, so schon im Hinblick auf die Uebearbeitung des OR bei Einführung des ZGB durch die in der Schweiz verbreitete Leipziger Dissertation von Felix Locher¹⁶, dann anlässlich der Revision des Firmenrechts vom Adjunkten des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister Fritz von Steiger¹⁷ und schliesslich in neuerer Zeit von Professor Hans Fehr¹⁸ in Bern und seinen Schülern¹⁹.

Die angeführten Tatsachen veranlassen uns dazu, die schweizerische Lösung unter Berücksichtigung der in dieser Arbeit gewonnenen Gesichtspunkte kritisch zu prüfen. Zunächst soll die prinzipielle Lösung in Frage gestellt werden; dann wird zu untersuchen sein, ob sich in der praktischen Durchführung Einzelheiten verbessern lassen.

¹³ rev. Erg. Vo II Art. 11 II, heute OR 952 II und HRV 70 II.

¹⁴ § 7 III und § 12 II (insb. lit. B) d. A.

¹⁵ Grünbaum 32 und 37 f., Wieser 60.

¹⁶ insb. S. 110. Diese Arbeit wurde für den Verkauf im Buchhandel mit einem besonderen Einband versehen, der den Titel «Vorschläge zur Revision des schweizerischen Firmenrechtes» trug.

¹⁷ in NZZ 1935 Nr. 822 und SJZ 33, 130 f., später in ZBJV 74, 325.

¹⁸ in Festgabe 77 und in ZBJV 71, 443 f.

¹⁹ Grünbaum 31 ff., Amberg 13, Jost Hartmann 19 und 39.

II. Einführung des gemischten Systems?

Das gemischte System scheint auf den ersten Blick die ideale Lösung zu sein. Es will die Vorteile beider extremen Systeme in sich vereinigen, d. h. einerseits Vertrauen in den Firmeninhalt schaffen und die Allgemeinheit vor Täuschungen schützen, anderseits trotzdem die entstandenen Goodwillwerte erhalten. Es ist das einzige der drei Systeme, welches die Besonderheiten des in dieser Arbeit untersuchten Tatbestandes berücksichtigt, indem es alt eingeführte Firmen anders behandelt als neu zu bildende.

Für die Schweiz ist die Uebernahme dieser Lösung insofern verlockend, als sie in unser Firmenrecht hinein passt, das sich bekanntlich mit Ausnahme der Wahl des Systems eng an das deutsche HGB anlehnt²⁰. In diesem Sinne wollte die Expertenkommission von 1909 das gemischte System anlässlich der Revision der Titel 24—33 in das OR übernehmen²¹.

Demgegenüber ist zu bedenken, dass das gemischte System die gesteckten Ziele nicht erreichen kann. Unter seiner Herrschaft gibt es zwei Sorten von Firmen, die von den Adressaten nicht auseinandergehalten werden können. Jede verfolgt einen der Zwecke des Systems. Da aber diese Ziele entgegengesetzt sind, muss das Nebeneinanderbestehen der beiden Firmenarten dazu führen, dass nur ein Zweck oder gar keiner erfüllt werden kann. Entweder vertrauen die Tauschpartner auf den Firmeninhalt; dann werden sie durch die künstlichen Firmen irregeführt²². Oder aber sie rechnen bei jeder Firma damit, dass sie eine abgeleitete, also wahrheitswidrige sei, obschon die natürlichen Firmen von Gesetzes wegen einen wahrheitsgetreuen Inhalt haben. In beiden Fällen ist die Beschränkung der Freiheit des Unternehmers bei der Bildung der Firma nicht gerechtfertigt, weil der Gegenwert fehlt, d. h. weil entweder trotzdem eine Täuschungsgefahr besteht, oder weil dennoch kein Vertrauen in den Firmeninhalt entsteht. Das gemischte System verletzt bei näherer Betrachtung sowohl die Interessen des Firmenträgers als auch diejenigen der Allgemeinheit.

Ferner ist in diesem Zusammenhang an die zahlreichen Unklarheiten

²⁰ Bundesrat in BBl 1880 I 228, Siegmund in ZSR 14, 337, Wieland I 180, His in Vorbemerkungen zu OR 944 ff., insb. S. 228; BGE 23 II 1756.

²¹ Wieland I 180, Bundesrat in Botschaft 1928 S. 103, His 233.

²² Cohn in Archiv 12, 204 f., Erlanger 71, Locher 122, Bundesrat in Botschaft 1928 S. 103, Wieser 29.

zu erinnern, die entstehen, wenn die Firma während eines Prozesses auf einen neuen Inhaber übergeht²³, oder wenn ein Schuldner seine Firma überträgt²⁴. Weiter ist zu beachten, dass sich in der Praxis das Täuschungsverbot doch irgendwie durchsetzen muss. So wurde in Deutschland der § 15 a der GewO erlassen²⁵. Dieser hat einerseits zu einem tiefen Eingriff in die interne Sphäre des Unternehmens geführt, andererseits eine paradoxe Situation hervorgerufen: Der weitgehend an Aeusserlichkeiten (Marke, Ausstattung, Lokal) interessierten Ladenkundschaft wird stets der wahre Name des Unternehmers vor Augen gehalten, während der Unternehmer bei wichtigen Verträgen mit falschem Namen unterschreibt²⁶.

Als Ergebnis der Prüfung der Frage, ob die Schweiz das gemischte System einführen soll, kann festgehalten werden: Nur ein einheitliches System, das konsequent durchgeführt wird, kann seine Zwecke erfüllen²⁷. Das Problem ist somit auf die Frage: «System der Firmenfreiheit oder System der Firmenwahrheit?» reduziert worden.

III. Einführung der Firmenfreiheit?

Das Prinzip der freien Firmenwahl fand immer wieder Anhänger in der Schweiz. Der hervorragendste unter ihnen ist der Verfasser des ersten Entwurfes zu einem schweizerischen Handelsrecht, der damalige Berner Professor Walther Munzinger²⁸. Auch die oben angeführten Revisionsvorschläge von Felix Locher weisen in diese Richtung²⁹. Schliesslich darf daran erinnert werden, dass sich die Eingabe aus Handels- und Industriekreisen, welche 1925 an alt Bundesrat Hoffmann gerichtet wurde, eng an die englische Lösung anlehnte³⁰.

Die meisten Gegner des Wahrheitssystems begründen ihre Auffassung einerseits mit der Feststellung, dass die Firma heute zur reinen Unternehmensbezeichnung geworden sei, anderseits mit der Behauptung, das Recht an der Firma besitze Vermögenswert und solle deshalb übertragbar

²³ Mossa in Riv. 40 II 220 ff., Zani in Riv. 40 II 208 ff., Ferrara n. 77, Pisko 282.

²⁴ Siegmund in ZSR 16, 583 und 786 f., Gaetano n. 23.

²⁵ § 13 II d. A.

²⁶ Siegmund in ZSR 16, 786 f., Opet in ZHR 49, 58 Anm. 14.

²⁷ ähnlich Munzinger 40 und Siegmund in ZSR 16, 634.

²⁸ § 8 I d. A.

²⁹ vgl. insb. S. 122.

³⁰ Hoffmann in ExpKom 693, Bundesrat in Botschaft 1928 S. 103.

sein³¹. Sie glauben also, dass aus der Natur der Firma und des Rechts an der Firma zwingend geschlossen werden könne, der Wahrheitsgrundsatz sei heute falsch. Diese Ueberlegung ist aus zwei Gründen nicht schlüssig:

a) Sie berücksichtigt nur das Problem der Uebertragbarkeit der Firma auf einen anderen Unternehmer, d. h. die Frage der Wahrheitspflicht von Namen unbeschränkt haftender Personen in der Firma. In bezug auf jene Angaben, welche über andere Elemente der Struktur des Unternehmens Auskunft erteilen, ist damit noch nichts gesagt. Auch wenn die Firma vom Unternehmer losgelöst und an das Unternehmen gebunden werden soll, weil sie reines Unternehmenskennzeichen geworden sei, und weil das Recht an ihr ein seiner Natur nach übertragbares sei, so ist es trotzdem möglich, von jenen Angaben in der Firma Wahrheit zu verlangen.

b) Es ist unzutreffend, die vermögensrechtliche Seite des Rechts an der Firma isoliert zu betrachten. Dieses weist vielmehr entsprechend seiner Herkunft auch heute noch personenrechtliche Elemente auf. Auf Grund der zweifachen Verankerung des Firmenrechts³² ist das Recht an der Firma doppelter Natur³³.

Aus diesen Gründen kann uns die Theorie keine eindeutige Antwort auf die Frage: «Firmenfreiheit oder -wahrheit?» geben³⁴. Diese ist vielmehr auf Grund einer sorgfältigen Abwägung der Vor- und Nachteile der möglichen Lösungen zu beantworten.

Das Wahrheitssystem hat folgende Vorteile:

1. Es vermeidet den grössten Teil aller nach allgemeiner Lebenserfahrung zu erwartenden Täuschungen³⁵.
2. Es bietet ein formelles und einfaches Kriterium, das von Verwaltungsbehörden in einem raschen Verfahren angewendet werden kann. Dadurch ist ein vorsorglicher Schutz möglich³⁶.
3. Es schafft Vertrauen in den Inhalt der Firma.
4. Es fördert die Redlichkeit im Geschäftsverkehr³⁷.

³¹ Locher 101 ff., Grünbaum 2 ff., 29 ff., 46, Fehr in ZBJV 71, 444, Schapira 111 und 118, von Steiger in NZZ 1935 Nr. 822, Amberg 13; vgl. auch Fricke 12 und 55 in Verb. mit 10, ferner Hunzinger 3.

³² Hartmann 232 und Schnitzer 166. Vgl. ferner Huber in B I 218, Pfister 10, 38 und 47, Zürcher 36, His N. 72 zu OR 956, Iklé 106.

³³ Wieland I 204 und 208, Vinassa 110 f., Jost Hartmann 23, Zürcher 32.

³⁴ Vgl. auch Schapira 1 f.

³⁵ § 7 III d. A.

³⁶ § 14 I d. A.

Dagegen stehen die Vorteile des Freiheitssystems (ergänzt durch das Täuschungskriterium):

1. Es berücksichtigt die Feinheiten des Einzelfalles³⁸.
2. Es erhält die in der Firma liegenden Goodwillwerte³⁹.

Zufolge des zweiten Vorteils scheint das Freiheitssystem für den Unternehmer das günstigere zu sein. Das trifft wohl zu, wenn man den Träger einer unwahr gewordenen Firma allein betrachtet. Hingegen ist für die Gesamtheit der Unternehmer das Wahrheitsprinzip vorteilhafter, da es Vertrauen schafft und die Konkurrenten zur Ehrlichkeit zwingt.

Vom Standpunkt der Allgemeinheit aus verdient das Wahrheitssystem eindeutig den Vorzug, weil es einen umfassenden und prophylaktischen Schutz bietet. Das Freiheitssystem dagegen muss den Schutz des Publikums ganz dem Richter überlassen⁴⁰. Deshalb erfolgt der Schutz erst post factum, weil wohl niemand klagen wird, bevor er in seinen Interessen unmittelbar verletzt worden ist. Oft scheut der Getäuschte Kosten und Risiko eines Prozesses; dann bleibt unter der Herrschaft des Freiheitsgrundsatzes die Täuschungsgefahr erhalten.

Bei dieser Lage der Dinge scheint ein Verlassen des gewählten Systems nicht gerechtfertigt; heute zeichnet sich auch in der Praxis kein Bedürfnis darnach ab. Das System der absoluten Firmenwahrheit ist die für das schweizerische Recht zweckmässigste Lösung.

§ 16. Die Ueberprüfung der praktischen Durchführung des gewählten Systems

I. Aufgaben der Verbesserung

Wenn wir auch für die Beibehaltung des gewählten Systems eintreten, so müssen wir nicht unbedingt die schweizerische Lösung in ihrer heutigen Gestalt unverändert lassen. Es ist vielmehr zu untersuchen, ob durch

³⁷ Die «loyauté commerciale» war eines der Motive dafür, dass in Frankreich die Versuche zur Einführung des deutschen Systems erfolglos blieben; vgl. Thaller S. 172 Anm. 4 und Oudinot in Annales 26, 371 f. — Siehe ferner § 7 II d. A., insb. Anm. 11 zu § 7.

³⁸ § 8 IV und 14 I d. A.

³⁹ § 8 IV d. A.

⁴⁰ § 14 I d. A.

Aenderung der praktischen Durchführung die heute festzustellenden Nachteile vermieden oder wenigstens gemildert werden können. Die hauptsächlichen Mängel der heutigen Lösung sind die Duldung von Täuschungen einerseits (Ziffer II hiernach) und die Zerstörung von Goodwillwerten anderseits (Ziffer III)¹. Aus diesen Mängeln ergeben sich die Forderungen, die an den Juristen gestellt werden, falls er sich das Problem vorlegt, ob und wie die praktische Durchführung des Wahrheitssystems im schweizerischen Recht verbessert werden könne. Mängel einzelner Normen sind im Verlaufe der vorgehenden Untersuchung aufgezeigt und zu beheben versucht worden; auf sie soll hier nicht mehr eingetreten werden.

II. Vermeidung von Täuschungen

Täuschungen des Publikums durch eine Firma sollten unter der Herrschaft des strengen Wahrheitsgrundsatzes auf jeden Fall vermieden werden, weil sich sonst die Beschränkung des Unternehmers bei der Bildung und Führung seiner Firma nicht rechtfertigt, und weil sich Irreführungen unter diesem System zufolge des von ihm geschaffenen Vertrauens in den Firmeninhalt besonders schädlich auswirken.

A. Ein Fall, in welchem die Irreführung durch die unveränderte Firma nach einer Umwandlung im Unternehmen derart offensichtlich ist, dass man einschreiten sollte, ist m. E. die Geschäftsübernahme durch einen Gleichnamigen². Die selbe Lage besteht dann, wenn ein in der Firma mit seinem Personennamen bezeichneter Kollektivgesellschaftler oder Komplementär durch einen anderen Träger dieses Namens ersetzt wird³. In beiden Fällen entsteht eine Täuschungsgefahr für diejenigen Adressaten, welche schon vor dem Unternehmerwechsel mit dem Unternehmen in Berührung gestanden sind; sie würden sich unter Umständen anders verhalten, wenn sie von dem Inhaberwechsel Kenntnis erlangt hätten.

Unter dem geltenden Recht kann und darf der Handelsregisterführer in diesen Fällen die Führung der unveränderten Firma nicht verhindern, denn der neue Unternehmer verletzt dadurch keine Norm des Firmenrechts: Die in Art. 944 OR enthaltenen Vorschriften über den Firmeninhalt betrachten nur die Beziehung zwischen Inhalt der Firma und Struk-

¹ § 15 I d. A.

² Cohn in Archiv 12, 207, Siegmund in ZSR 16, 778, Grünbaum 32 und Wieser 60 erwähnen diesen Fall auch.

³ Vgl. diese beiden Fälle im Zusammenhang von § 12 II d. A., insb. bei lit. B.

tur des Unternehmens; sie nehmen weder auf andere Firmen (die alte gleichlautende) noch auf die besonderen Vorstellungen gewisser Kreise von Rechtsgenossen (der alten Kunden und Geschäftsfreunde) Rücksicht⁴. Art. 946 OR vergleicht nur gleichzeitig bestehende Firmen⁵. Ebenso wenig verletzt der neue Unternehmer die Vorschriften von Art. 945 bzw. 947 OR; deshalb kommt auch die Ausnahmebestimmung von Art. 953 Abs. 2 OR auf diese Fälle nicht zur Anwendung, die ja nur dann einen Sinn hat, wenn der Kern einer Firma eine firmenrechtliche Norm verletzt⁶.

Der Träger der gelöschten Firma hat als Veräusserer des Unternehmens alles Interesse daran, dass sein Nachfolger die gleiche Firma führt; dadurch kann der Goodwill voll erhalten werden; damit erhöht sich der Wert des Unternehmens bei der Uebergabe. Es erscheint überdies fraglich, ob er ein Mittel haben würde, um den neuen Unternehmer an der Führung der unveränderten Firma zu hindern, wenn er es wollte. Die spezielle Firmenschutzklage steht nur dem Inhaber einer eingetragenen Firma zu⁷. Der Klage aus Persönlichkeitsrecht⁸ kann der neue Unternehmer sein eigenes Namensrecht entgegenhalten. Dem Erwerber eines Unternehmens kann wohl kaum der Vorwurf des unlauteren Wettbewerbes gemacht werden, wenn er als Nachfolger des früheren Inhabers auftritt⁹.

Unter dem gegenwärtigen Rechtszustand wird in solchen Fällen die alte Firma im Handelsregister gelöscht und gleichzeitig eine gleichlautende neue Firma eingetragen; die beiden Eintragungen werden im schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert¹⁰. Diese Information durch öffentliche Mittel vermag indessen nach allgemeiner Erfahrung nicht, den durch die Weiterführung der unveränderten Firma erzeugten Schein zu zerstören¹¹.

⁴ § 7 II und III d. A.

⁵ OR 946 gilt für die Firmen von Einzelkaufleuten und von Personengesellschaften, vgl. OR 951 I.

⁶ Vgl. § 10 III C d. A.

⁷ OR 956, 946 und 951; Huber in B I 220, von Steiger 61, His N. 2, 7, 8, 11, 24 und 67 zu OR 956; BGE 40 II 604, 66 II 263, 72 II 3, 73 II 181 f., ZR 41, 87.

⁸ ZGB 28 f. Diese Klage steht auch dem Träger einer gelöschten Firma zu, vgl. Egger N. 73 zu ZGB 28 und N. 25 zu ZGB 29, His N. 78 zu OR 956, ZR 41, 83/5.

⁹ Vgl. UWG I.

¹⁰ Als Beispiele aus der Praxis vgl. die Firmen «Robert Strässle» in SHAB Nr. 81 vom 5. April 1941 und «Geistdörfer & Co.» in SHAB Nr. 265 vom 12. November 1915 S. 1518 und Nr. 70 vom 23. März 1916 S. 465.

¹¹ Vgl. auch § 13 I A d. A.

Es erscheint also de lege ferenda wünschbar, dass der Gesetzgeber die schweizerischen Firmenträger zu einer Aenderung der Firma zwingt, wenn ein in der Firma genannter unbeschränkt haftender Unternehmer durch einen gleichnamigen ersetzt wird¹². Der neue Unternehmer könnte dieser Pflicht durch geringfügige Abänderungen am Wortlaut der alten Firma wie Einschieben des Wortes «junior», «Sohn», «Erbe» oder «Witwe» oder Zufügung eines weiteren Vornamens genügen¹³. Dadurch würde er eine derart geringe Einbusse an Goodwill erleiden, dass ihm diese Aenderung im Interesse der Täuschungsverhinderung zugemutet werden kann.

B. Dieser Vorschlag (aus lit. A hievor) könnte dadurch verwirklicht werden, dass man in Analogie zum Markenrecht¹⁴ die gelöschte Firma während einer bestimmten Frist von Amtes wegen gegen Usurpierung schützen würde¹⁵. Durch eine solche Vorschrift würden auch jene Täuschungen verhindert, welche dadurch entstehen, dass ein Dritter (Gleichnamiger) in seinem neugegründeten Unternehmen (gleicher Struktur) eine Firma verwendet, die gleich wie eine vor kurzem gelöschte Firma lautet¹⁶. Der allgemeine Schutz gelöschter Firmen würde aber den Kreis der möglichen Firmenbildungen sehr stark einengen¹⁷. Es ist deshalb gewissenhaft abzuwägen, ob die Täuschungsgefahr in den Fällen der Usurpierung einer gelöschten Firma durch einen Dritten für ein neu gegründetes Unternehmen genügend gross ist, um diesen Nachteil in Kauf nehmen zu können.

a) Wurde die gelöschte Firma in einem Unternehmen verwendet, das sich im Verkehr nicht durchsetzen konnte und deshalb aufgelöst werden musste, so sind praktisch gar keine alten Tauschpartner vorhanden, welche sich im Vertrauen auf die gleichlautende Firma dem neuen Firmen-

¹² Siehe den entsprechenden Vorschlag der französischen Lehre bei Lyon-Caen II n. 155, Pic n. 394, Pouillet n. 970, de Lanzac n. 51 zu C. com. 21, ferner denjenigen eines schweizerischen Verbandes in B II 133; letzterer ist zu eng formuliert.

¹³ Er hat ferner die in § 10 II B und C d. A. aufgezeigten Möglichkeiten der Bildung goodwillhaltender Firmen.

¹⁴ MSchG 10. Diese Norm wurde ebenfalls zum Zwecke der Täuschungsverhinderung erlassen, vgl. Matter 152 und David 177.

¹⁵ Einen entsprechenden Vorschlag machte Burckhardt in ZSR 16, 513 f.; er wollte indessen diesen Schutz erst nach dem Antrag eines Privaten eintreten lassen.

¹⁶ Auch in diesen Fällen kann der Handelsregisterführer nicht einschreiten, weil auch diese Träger der neuen Firmen keine Norm des Firmenrechts verletzen; vgl. den zweiten Absatz unter lit. A hievor.

¹⁷ Die entsprechende Vorschrift des MSchG wirkt weniger einengend, weil das Ausschliesslichkeitsprinzip des Markenrechts nur innerhalb der gleichen Warenkategorie gilt; vgl. Matter 154 und David 179.

träger zuwenden würden; es besteht praktisch keine Täuschungsgefahr. Es würde sich nicht rechtfertigen, dass jeder Rechtsgenosse, der ein kurzes Gastspiel im Geschäftsleben versucht, die anderen Unternehmer für mehrere Jahre von einem bestimmten Firmeninhalt ausschliessen würde.

b) Wurde die alte Firma in einem erfolgreichen Unternehmen verwendet, so besteht ein weiter Kreis alter Kunden und Geschäftsfreunde, welche durch den Träger der gleichlautenden neuen Firma möglicherweise irregeführt werden. In der Praxis kommt es indessen kaum vor, dass ein blühendes Unternehmen aufgelöst wird. Der Grund der Löschung der alten Firma liegt dann darin, dass der Inhaber des Unternehmens gewechselt hat. Der neue Unternehmer wird mit einer Privatklage¹⁸ selbst dafür sorgen, dass kein Dritter als Nachfolger des Trägers der gelöschten Firma auftritt¹⁹. Dadurch schützt er — unbeabsichtigt — die Allgemeinheit vor Täuschungen.

Ergebnis: Es scheint nicht angemessen, zur Vermeidung dieser praktisch kaum vorkommenden Täuschungsgefahr den aufgezeigten Nachteil einer firmenrechtlichen Karenzfrist in Kauf zu nehmen. Es ist zweckmässiger, die Aenderungspflicht *de lege ferenda* auf den Fall der gleichnamigen Geschäftsnachfolger zu beschränken (lit. A hievor).

C. Eine andere Quelle für die Gefahr, dass trotz Einhaltung der firmenrechtlichen Regeln die Adressaten einer Täuschung unterliegen, stellen die mit dem Zusatz «& Cie.» bzw. «& Co.» gebildeten Firmen dar. Sie dürfen oft bei einem Unternehmerwechsel, sowie auch bei gewissen Fällen nachträglicher Haftungsbeschränkung, unverändert weitergeführt werden²⁰. Dieser Täuschungsgefahr könnte nur dadurch entgegengetreten werden, dass man von den Personengesellschaften stets die Anführung der Namen aller unbeschränkt haftenden Gesellschafter in der Firma verlangen würde. Dann würden aber diese Firmen in den meisten Fällen zu schwerfällig, um die der Firma zugedachten Funktionen zu erfüllen. Der Zusatz «& Cie.» entspricht einem Bedürfnis des Verkehrs; gerade die mit

¹⁸ Die Klage muss sich auf das UWG stützen können. Die Firmenschutzklage wird kaum möglich sein, weil der neue Inhaber des Unternehmens nach schweizerischem Recht die alte Firma nicht unverändert fortführen darf. Er kann — Erlaubnis des Veräusserers vorausgesetzt — die alte Firma oder Teile derselben nur in einer in § 10 hievor erwähnten Weise zur Bildung einer neuen Firma benutzen. Letztere wird sich in der Regel von der gelöschten Firma und damit auch von der gleichlautenden Firma des Dritten — firmenrechtlich betrachtet — genügend unterscheiden.

¹⁹ Beispiele aus der Praxis sind HRE 14, 281 ff., BGE 47 II 64 ff. und ZR 41, 81 ff.

²⁰ § 12 II B d. A.; Grünbaum 34 und Wieser 63.

solchen Zusätzen gebildeten Kennzeichen haben ja den Anstoss zur Bildung einer Firma und eines Firmenrechts gegeben²¹. Deshalb muss man diese Quelle für Irreführungen in Kauf nehmen. Die Adressaten können auch nicht einen berechtigten Anspruch auf Schutz geltend machen; sie haben ihre Täuschung der eigenen Unvorsichtigkeit zuzuschreiben, denn der Zusatz «& Cie.» erzeugt nicht einen Rechtsschein, auf den sie vertrauen dürfen, sondern verweist offensichtlich auf das Handelsregister.

D. Zwei weitere Quellen für die Täuschungsgefahr trotz Wahrheitsprinzip sind die beiden gesetzlichen Ausnahmen von der allgemeinen Regel des Art. 944 OR, welche in Art. 947 und Art. 948 je Abs. 2 OR enthalten sind²². Diese beiden Normen müssen verschwinden, wenn das Ziel, Irreführungen nach Möglichkeit zu vermeiden, erreicht werden soll. Das kann aus folgenden Gründen verantwortet werden:

a) Der Wegfall von Art. 947 Abs. 2 OR würde die Kollektivgesellschaften, welche in ihrer Firma alle Mitglieder mit Namen oder konkludent bezeichnen, zwingen, bei der Aufnahme eines neuen Gesellschafters entweder dessen Namen oder den Zusatz «& Cie.» (bzw. «& Co.») in ihre Firma aufzunehmen. Die zweite Möglichkeit führt zu einer derart geringfügigen Abänderung der Firma, dass ein Höchstmass an Goodwill erhalten bleibt. Eine so kleine Einbusse an Goodwill darf dem Firmenträger im Interesse der Täuschungsverhinderung zugemutet werden.

b) Die Aufhebung von Art. 948 Abs. 2 OR würde die Familiengesellschaften zwingen, ihre Firma abzuändern, wenn diese zufolge des Ausscheidens eines Gesellschafters nicht mehr der Wahrheit entspricht. Die Familiengesellschaften würden damit gleich behandelt wie heute schon jede andere Personengesellschaft. Ihre bisherige Bevorzugung erscheint ungerechtfertigt²³. Somit wäre die Aufhebung von Art. 948 Abs. 2 OR nicht nur (im Hinblick auf die Täuschungsverhinderung) zweckmässig, sondern auch billig.

III. Milderung der Goodwilleinbusse

Das System der strengen Firmenwahrheit ist diejenige prinzipielle Lösung, welche den Interessen der Allgemeinheit vor denjenigen des Firmenträgers den Vorzug einräumt²⁴. Die Zerstörung von Goodwill-

²¹ § 1 I d. A. insb. Anm. 6 zu § 1.

²² § 10 III A und B d. A.

²³ Näheres in § 10 III B d. A. am Ende.

²⁴ § 7 V d. A.

werten ist im Wesen dieses Systems verankert. Wer sich für das Wahrheitsystem entscheidet, muss diesen Nachteil in Kauf nehmen. Man kann indessen versuchen, seine Auswirkungen nach Möglichkeit zu mildern.

A. Die häufigste Ursache von Goodwilleinbussen und damit auch der häufigste Grund zu Angriffen auf das schweizerische Firmenrecht liegt in der Unübertragbarkeit der Firmen von Einzelkaufleuten und Personengesellschaften²⁵. Diese wirkt besonders bei solchen Unternehmen stossend, die zufolge ihrer Struktur von den jeweiligen Unternehmern weitgehend unabhängig sind; die Tatsache, dass die Anzahl derartiger Unternehmen im Anwachsen begriffen ist²⁶, hat dem schweizerischen Firmenrecht den Vorwurf eingebracht, es sei veraltet²⁷.

Die Ursache dieses Mangels liegt aber nicht im Wahrheitsgrundsatz, sondern in gewissen aus dem Klarheitsprinzip hergeleiteten Normen²⁸. Art. 945 und 947 OR verlangen von jedem Einzelkaufmann und jeder Personengesellschaft, dass ihre Firmen Namen von unbeschränkt haftenden Personen enthalten. Diese Pflicht sollte fallen gelassen werden. Das hätte zur Folge, dass ein Einzelkaufmann oder eine Personengesellschaft auch ein Phantasiewort oder eine Sachbezeichnung als Firma wählen dürfte; solche Firmen werden beim Unternehmerwechsel nicht unrichtig und können deshalb unverändert beibehalten, also übertragen werden.

Wenn aber der Kern der Firma einer Personengesellschaft oder eines Einzelkaufmanns einen Personennamen enthalten soll, so darf es gemäss Wahrheitsgebot nur derjenige eines unbeschränkt haftenden Unternehmers²⁹ sein. Unübertragbar wären damit nur noch jene Firmen, welche freiwillig einen Personennamen enthalten, also insbesondere die Firmen derjenigen Unternehmen, bei denen die Persönlichkeit der Unternehmer eine entscheidende Rolle spielt. Solche Unternehmen würden nämlich auch ohne gesetzlichen Befehl um des Kredites oder der Propaganda willen die Namen der Unternehmer in der Firma führen. Die Unübertrag-

²⁵ Vgl. etwa von Steiger in ZBJV 74, 318.

²⁶ Oppikofer 10 und 118, Sombart 45, Grünbaum 11 ff., Fehr in ZBJV 71, 440, Hunzinger 7, Ripert 177.

²⁷ Fehr in Festgabe 77, Amberg 13, Jost Hartmann 19.

²⁸ In bezug auf diese Unterscheidung siehe § 7 II d. A.

²⁹ Diese Bedeutung messen mit Recht alle verglichenen Rechtsordnungen, welche den Wahrheitsgrundsatz kennen, dem Personennamen in der Firma bei (vgl. Anm. 9 und 12 zu § 9 d. A.). Sie liegt nur dann nicht vor, wenn die Firma den Zusatz «A.-G.» oder «Genossenschaft» oder «GmbH.» enthält (vgl. § 10 II D d. A.); ein derartiger Zusatz kommt in den Firmen der Einzelkaufleute und Personengesellschaften zufolge des Wahrheitsgebotes nicht vor.

barkeit würde damit auf die Fälle begrenzt, in denen wirklich ein Bedürfnis der Tauschpartner besteht, immer den wahren Inhaber zu kennen. Somit wäre eine ungerechtfertigte Härte des heutigen schweizerischen Firmenrechts beseitigt, wenn das Gesetz die Einzelkaufleute und Personengesellschaften nicht mehr zur Führung von Personennamen in der Firma zwingen würde.

Diese neuen Anforderungen an Bildung und Führung der Firma hätten zur Folge, dass die Firma nicht mehr in jedem Fall ohne weiteres als Kennzeichen der Unternehmer geeignet wäre. Eine solche Auswirkung kann verantwortet werden: Die Bezeichnung der Unternehmer vor Gericht und gegenüber Verwaltungsbehörden ist keine typische Funktion der Firma³⁰, sie kann leicht von den Personennamen der Firmenträger übernommen werden. Bei der Unterschrift kann diese neue Art der Firma in der Weise verwendet werden, dass sie durch Hinzufügen des Personennamens des Unterschreibenden ergänzt wird, wie das schon in bezug auf die heutigen Firmen in der Praxis die Regel ist³¹.

Die Aufgabe der Gesetzgebung besteht m. E. also darin, das Wahrheitsprinzip zu erhalten und gleichzeitig die Einzelkaufleute und Personengesellschaften von der Pflicht der Firmenklarheit in ihrer heutigen Form zu befreien. Auch unter der geltenden gesetzlichen Regelung ist es dem Unternehmer möglich, den vorgeschlagenen Weg zu gehen: Er kann eine Enseigne wählen und diese so stark betonen, dass seine Firma ein Schattendasein führt³². Diese Möglichkeit macht aber die angeregte Aenderung am Gesetz nicht überflüssig, denn sie führt zu einer unerwünschten Doppelspurigkeit in der Individualisierung des Unternehmens.

B. Wenn dieser Vorschlag (lit. A hievor) in das geltende schweizerische Firmenrecht eingebaut würde, so könnte man der aus einem Phantasiewort oder einer Sachbezeichnung gebildeten Firma nicht mehr ansehen, ob sie auf einen Einzelkaufmann bzw. eine Personengesellschaft oder aber auf eine Kapitalgesellschaft hinweist. Dieser wichtige Unterschied, d. h. der Ausschluss jeder unbeschränkten Haftung bei der Kapitalgesellschaft, sollte auf jeden Fall in der Firma zum Ausdruck kom-

³⁰ § 6 III d. A.

³¹ HRV 26; Eidgenössisches Amt für das Handelsregister in SHAB Nr. 96 vom 26. April 1929 S. 863.

³² Vgl. § 11 II d. A.

men³³. Diese Forderung führt zum Vorschlag folgender Regel: «Die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft müssen in ihrer Firma stets in einem Zusatz die betreffende Rechtsform aussprechen»³⁴.

Dieser Vorschlag gilt unabhängig von der angeregten Aufhebung der Pflicht der Firmenträger aus Art. 945 bzw. Art. 947 OR. Er drängt sich auch unter dem heutigen Rechtszustand auf, weil sonst Enseignes von Einzelkaufleuten bzw. Personengesellschaften Gefahr laufen, als Firmen von Kapitalgesellschaften zu gelten³⁵. Mit der Verwirklichung dieses Vorschlages würde gleichzeitig ein weiterer Mangel des heutigen Firmenrechts behoben: Dann könnte man die Firma der Genossenschaft von derjenigen der Aktiengesellschaft unterscheiden³⁶.

IV. Zusammenfassung der Vorschläge der *lege ferenda*

Die kritische Ueberprüfung des schweizerischen Firmenrechts vom Gesichtspunkt des in dieser Arbeit untersuchten Problems aus hat folgende Vorschläge der *lege ferenda* ergeben:

- A. Einzelkaufleute und Personengesellschaften dürfen eine Firma führen, die keine Personennamen enthält (§ 16 Z. III lit. A).
- B. Aktiengesellschaften und Genossenschaften müssen auf ihre Rechtsform in der Firma ausdrücklich hinweisen (§ 16 Z. III lit. B).
- C. Der Abtausch eines in einer Firma genannten unbeschränkt haftenden Unternehmers gegen einen gleichnamigen muss in der Firma zum Ausdruck kommen (§ 16 Z. II lit. A).
- D. Die gesetzlichen Ausnahmen der Art. 947 und 948 je Abs. 2 OR fallen weg (§ 16 Z. II lit. D).

Diese Vorschläge stellen kein geschlossenes System dar. Jeder gilt unabhängig vom anderen; keiner schliesst indessen den anderen aus. Jeder könnte für sich allein im Rahmen des geltenden schweizerischen Firmenrechts verwirklicht werden; die Ausführung des Vorschlages A würde

³³ Er wird deshalb heute von allen fünf verglichenen Rechtsordnungen in der Firma zum Ausdruck gebracht, vgl. § 12 I d. A. Selbst Locher, der für die Einführung der vollen Firmenfreiheit in das schweizerische Recht eintrat (vgl. § 15 III d. A.), machte diese Konzession an die Firmenklarheit, S. 122.

³⁴ Diese Forderung wird bereits durch das deutsche Recht erfüllt, vgl. AktG 4 und GenG 3. Auch die Schweiz kennt diese Regel, aber nur für die GmbH, vgl. OR 949 II.

³⁵ § 11 II d. A.

³⁶ § 12 II d. A., lit. C, Abs. 3.

allerdings auch diejenige des Vorschlages B nötig machen. Alle diese Vorschläge beruhen auf der Annahme, dass am System der strengen Firmenwahrheit festgehalten werde; diese prinzipielle Lösung hat sich als die für das schweizerische Recht zweckmässigste erwiesen (§ 15 Z. III).

LEBENS LAUF

Ich wurde 1923 in Zürich geboren. Nach Besuch der Primarschule in Rüschlikon trat ich 1936 in das Kantonale Gymnasium in Zürich ein. 1942 verliess ich die Kantonsschule mit dem Maturitätszeugnis Typ B. Darnach war ich bis 1948 ununterbrochen an der juristischen Fakultät der Universität Zürich immatrikuliert; die beiden Semester des Jahres 1944 konnte ich zufolge Militärdienstes nicht belegen. Am 9. Juli 1949 bestand ich die letzte Prüfung des Abschlussexamens.

